

# MASTER'S THESIS

## De (on)mogelijkheden van definitieve geschilbeslechting in het omgevingsrecht

Bouman, P.A.

**Award date:**  
2021

**Awarding institution:**  
Department of Public Law

[Link to publication](#)

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[pure-support@ou.nl](mailto:pure-support@ou.nl)

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 05. May. 2023

**Open Universiteit**  
[www.ou.nl](http://www.ou.nl)



# Masterscriptie



De (on)mogelijkheden van definitieve geschilbeslechting in het omgevingsrecht

Student: P.A. Bouman

Begeleider: Mw. mr. B. Aarrass

Examinator: Mw. mr. dr. C.L.G.F.H. Albers

Aantal woorden: 13.771 (exclusief voorblad, inhoudsopgave, lijsten en noten)

Datum: 29 januari 2021

## Inhoud

1. Inleiding.....	3
1.1 Aanleiding .....	3
1.2 Probleemstelling en deelvragen .....	4
1.3 Methode van onderzoek.....	4
1.4 Afbakening en definiëring.....	5
1.5 Opzet.....	5
2. Definitieve geschilbeslechting in het bestuursrecht .....	7
2.1 Inleiding .....	7
2.2 Van handhaving van het objectieve recht naar rechtsbescherming .....	7
2.3 De opkomst van geschilbeslechting.....	8
2.4 Definitieve geschilbeslechting nader bekeken .....	9
2.5 Rechterlijke instrumenten voor geschilbeslechting.....	11
2.6 Tussenconclusie .....	14
3. Machtenscheiding, beleidsvrije bevoegdheden en rechterlijke toetsingsintensiteit .....	15
3.1 Inleiding .....	15
3.2 Machtenscheiding in de Nederlandse rechtsorde.....	15
3.3 Beleidsvrije bevoegdheden.....	17
3.4 De rechterlijke toetsingsintensiteit .....	19
3.5 Beperkingen aan definitieve geschilbeslechting.....	21
3.6 Tussenconclusie .....	22
4. Definitieve geschilbeslechting in het omgevingsrecht.....	23
4.1 Inleiding .....	23
4.2 Definitieve geschilbeslechting in het omgevingsrecht .....	23
4.3 Tussenconclusie .....	27
5. De toekomst van definitieve geschilbeslechting in het omgevingsrecht .....	29
5.1 Inleiding .....	29
5.2 De Omgevingswet.....	29
5.3 De marginale toets ter discussie.....	30
5.4 Declarabele uitspraken .....	31
5.5 Tussenconclusie .....	32
6. Conclusie .....	34
Literatuurlijst.....	36
Lijst van jurisprudentie.....	39
Lijst van kamerstukken.....	41

# 1. Inleiding

## 1.1 Aanleiding

Definitieve geschilbeslechting is geen nieuw begrip binnen het bestuursrecht. Hoewel een wettelijke opdracht tot definitieve geschilbeslechting pas in 2013 is gecodificeerd in de Algemene wet bestuursrecht (Awb), was daarvoor al een tendens gaande om geschillen meer definitief te beslechten. Dit sluit aan bij het doel van het bestuursprocesrecht dat steeds meer komt te liggen bij rechtsbescherming, in plaats van handhaving van het objectieve recht. Voor het bieden van rechtsbescherming is het vernietigen van het besluit niet voldoende. De procedure bij de bestuursrechter moet uitzicht bieden op een definitief resultaat. Dit streven naar een definitief resultaat heeft uiteindelijk geleid tot codificatie van artikel 8:41a Awb. Op grond van dit artikel is de bestuursrechter verplicht geschillen zoveel mogelijk definitief te beslechten.

De mogelijkheden om invulling te geven aan deze opdracht zijn niet onbegrensd. De meest principiële grens wordt gevormd door het beginsel van machtscheiding. Dit doet zich vooral voor indien de rechter de toepassing toetst van bestuurlijke bevoegdheden met beleidsvrijheid. Deze balans tussen geschilbeslechting en machtscheiding is al geruime tijd onderwerp van debat. In dit debat is een verschuiving merkbaar: definitieve geschilbeslechting bij beleidsvrijheid is niet meer per definitie onmogelijk. Kenmerkend voor deze verschuiving is het preadvies van Hirsch Ballin uit 2015, waarin hij aangeeft dat, indien het bestuursorgaan niet een zorgvuldige belangenafweging kan aandragen, de rechter zelf tot een waardering en beslissing zou kunnen komen. Dit is echter een vergaand standpunt. Over hoever een rechter daadwerkelijk mag gaan bij het definitief beslechten van geschillen bestaat nog geen consensus.

Deze discussie is bijzonder relevant voor het omgevingsrecht. Dit is bij uitstek een rechtsgebied waarin de wetgever veel ruimte heeft overgelaten aan het bestuur. De bevoegdheden van het bestuur gaan vaak gepaard met beleidsvrijheid of vergaande beoordelingsruimte. Dit beeld wordt nog verder versterkt door de komst van de Omgevingswet<sup>1</sup>, waar de wetgever nog verder terugtreedt ten gunste van het bestuur.<sup>2</sup> Dit voedt de discussie hoe ver de rechter mag gaan in het definitief beslechten van geschillen. Moet de rechter de tendens van de wetgever volgen en met gepaste afstand toetsen indien het bestuur beschikt over beleidsvrijheid? Of moet de rechter juist indringender toetsen nu de wetgever steeds verder terugtreedt?

Deze toenemende terugtrek van de wetgever biedt wellicht juist interessante nieuwe perspectieven voor geschilbeslechting. De toenemende onduidelijkheid over de toepasbaarheid van een bestuurlijke bevoegdheid, creëert naar verwachting een vraag naar declaratoire uitspraken. De rechter laat zich in een dergelijke uitspraak niet uit over de rechtmatigheid van een besluit, maar beantwoordt slechts de vraag of de toepassing van een bevoegdheid in een concreet geval mogelijk is. Dit biedt nieuwe kansen voor geschilbeslechting. Een uitspraakbevoegdheid, zonder een besluit als ingang tot de bestuursrechter, kan een geschil mogelijk in de kiem smoren.

---

<sup>1</sup> De Omgevingswet treedt naar verwachting op 1 januari 2022 in werking.

<sup>2</sup> Kamerstukken II, 2013–2014, 33 962, 3, blz. 25.

## 1.2 Probleemstelling en deelvragen

Het bovenstaande leidt tot de volgende onderzoeksvraag: *In hoeverre is er, binnen de grenzen van het beginsel van machtenscheiding, ruimte voor de bestuursrechter voor definitieve geschilbeslechting, in de zin van artikel 8:41a Awb, bij de toetsing van beleidsvrije bevoegdheden in het omgevingsrecht?*

Om deze onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden zullen in het onderzoek de volgende deelvragen worden beantwoord:

Deelvraag 1: Wat moet in het Nederlandse bestuurs(proces)recht worden verstaan onder definitieve geschilbeslechting?

Deelvraag 2: Wat moet in het Nederlandse bestuursrecht worden verstaan onder een beleidsvrije bevoegdheid?

Deelvraag 3: Wat moet in het Nederlandse staatsbestel worden verstaan onder het beginsel van machtenscheiding en welke eisen stelt dit beginsel aan de toetsingsintensiteit van de bestuursrechter bij beleidsvrije bevoegdheden?

Deelvraag 4: Op welke wijze past de bestuursrechter op dit moment definitieve geschilbeslechting toe in het omgevingsrecht bij het toetsen van beleidsvrije bevoegdheden?

Deelvraag 5: Hoe verhoudt de huidige werkwijze van de rechter zich tot het beginsel van machtenscheiding en in hoeverre is er, binnen het (toekomstige) omgevingsrecht, nog ruimte voor verdergaande definitieve geschilbeslechting of moeten de mogelijkheden hiertoe verder worden beperkt?

## 1.3 Methode van onderzoek

Voor het onderzoek wordt literatuur, parlementaire geschiedenis en jurisprudentie onderzocht.

### *Literatuuronderzoek*

Het doel van het literatuuronderzoek is afhankelijk van de deelvragen. Voor de beantwoording van de eerste deelvragen moeten begrippen worden verduidelijkt en geïnterpreteerd. Hierdoor is meer behoefte aan beschrijvende bronnen zodat een breed gedragen beeld bij een begrip kan worden neergezet. Voor de beantwoording van de latere deelvragen zijn ook bronnen relevant waaruit een bepaalde mening of visie blijkt. Dit kan een wetenschappelijke visie zijn, maar ook de visie van de wetgever.

Het literatuuronderzoek wordt uitgevoerd met twee technieken. In eerste instantie is binnen Nederlandstalige<sup>3</sup> wetenschappelijke literatuur gezocht op relevante termen, zoals 'effectieve geschilbeslechting', 'definitieve geschilbeslechting', 'finale geschilbeslechting', 'beleidsvrijheid', 'beslissingsruimte', 'machtenscheiding', 'marginale toetsing', 'omgevingsrecht' en 'omgevingswet'. Via de sneeuwbalmethode is vervolgens gezocht naar achterliggende bronnen. Door te werken met beide technieken is aandacht besteed aan diepgang en verbreding.

### *Parlementaire geschiedenis*

Van wetten, waarmee is beoogd het bestuursprocesrecht zodanig aan te passen dat het beter aansluit bij het doel van (definitieve) geschilbeslechting, wordt de parlementaire geschiedenis onderzocht. Het gaat hierbij om de Algemene wet bestuursrecht, de Crisis- en herstelwet, de Wet bestuurlijke lus en de Wet aanpassing bestuursprocesrecht. Daarnaast wordt aandacht besteed aan enkele belangrijke

---

<sup>3</sup> Met uitzondering van één Duitstalige, twee Engelstalige en één Franstalige bron.

wetten in het omgevingsrecht zoals de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en de Omgevingswet.

#### *Jurisprudentieonderzoek*

Het jurisprudentieonderzoek dient een tweeledig doel. Allereerst wordt jurisprudentie onderzocht ter verduidelijking van gehanteerde begrippen en theoretische achtergronden. Vervolgens wordt onderzocht hoe de rechter in de praktijk invulling geeft aan definitieve geschilbeslechting. Hiertoe worden uitspraken met betrekking tot één bestuurlijke bevoegdheid onderzocht, namelijk de omgevingsvergunning om af te wijken van het bestemmingsplan. Dit is een bevoegdheid waarbij zonder twijfel sprake is van beleidsvrijheid die tevens voortslepende geschillen tot gevolg kan hebben. De uitspraken worden geselecteerd door op het officiële publicatieplatform van de rechtspraak<sup>4</sup> alle uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State<sup>5</sup> te selecteren van 1 januari 2013<sup>6</sup> tot 1 september 2020 binnen het rechtsgebied 'omgevingsrecht' met verplichte zoektermen 'beleidsvrijheid' of 'beleidsruimte'.<sup>7</sup> Daaruit worden handmatig de uitspraken geselecteerd waarin de bevoegdheid bestaat uit een omgevingsvergunning om af te wijken van het bestemmingsplan. Dit levert een selectie op van 95 uitspraken.

#### **1.4 Afbakening en definiëring**

Het onderzoek richt zich op het omgevingsrecht. Dit betekent dat andere subrechtsgebieden van het bestuursrecht buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen. De mogelijkheden tot definitieve geschilbeslechting worden onderzocht vanuit het beginsel van machtscheiding. Dit betekent dat andere factoren die invloed hebben op de mogelijkheden tot definitieve geschilbeslechting, zoals deskundigheid van de rechter, niet worden onderzocht.

De onderzoeksvraag bevat begrippen die moeten worden gedefinieerd. Het gaat hierbij om de begrippen 'definitieve geschilbeslechting' en 'beginsel van machtscheiding'. Aangezien het definiëren van de begrippen nauw samenhangt met de beantwoording van de deelvragen, zal deze verheldering niet plaatsvinden in deze inleiding, maar in de hoofdstukken 2 en 3 van het onderzoek.

#### **1.5 Opzet**

In hoofdstuk 2 wordt verduidelijkt wat moet worden verstaan onder definitieve geschilbeslechting. Er zal aandacht worden besteed aan de ontwikkeling van het bestuursprocesrecht, waarbij wetgever en rechter een steeds groter belang hechten aan het definitief beslechten van geschillen. Vervolgens zal worden uitgewerkt wat moet worden verstaan onder definitieve geschilbeslechting. Ook worden in dit hoofdstuk de instrumenten besproken die de bestuursrechter tot zijn beschikking heeft om een geschil finaal te beslechten.

In hoofdstuk 3 wordt het beginsel van machtscheiding omschreven en wordt aangegeven welke plek dit inneemt in de Nederlandse rechtsorde. Vervolgens zal aandacht worden besteed aan toedeling van bevoegdheden aan het bestuur door de wetgever en de beleidsvrijheid die het bestuur daarbij toebedeeld krijgt. Vervolgens wordt stilgestaan bij de gevolgen die deze beleidsvrijheid heeft voor de rechterlijke toetsingsintensiteit.

Hoofdstuk 4 maakt duidelijk hoe de rechter invulling geeft aan definitieve geschilbeslechting in het omgevingsrecht bij het toetsen van beleidsvrije bevoegdheden. Aan de hand van één specifieke

---

<sup>4</sup> [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

<sup>5</sup> De Afdeling bestuursrechtspraak is op grond van artikel 8:105 Awb de bevoegde hoger beroepsrechter voor een geschil omtrent een omgevingsvergunning.

<sup>6</sup> Dit is de datum waarop de Wet aanpassing bestuursprocesrecht in werking is getreden.

<sup>7</sup> In zijn jaarverslag 2017 geeft de Raad van State aan beleidsvrijheid voortaan beleidsruimte te noemen.

bevoegdheid wordt onderzocht hoe de bestuursrechter in het omgevingsrecht invulling geeft aan zijn taak als geschilbeslechter.

In hoofdstuk 5 wordt de blik op de toekomst gelegd om te bezien welke kansen er nog zijn voor definitieve geschilbeslechting binnen het omgevingsrecht.

Tot slot volgt in hoofdstuk 6 de samenvatting en de conclusie.

## 2. Definitieve geschilbeslechting in het bestuursrecht

### 2.1 Inleiding

Dit onderzoek poogt duidelijk te maken waar binnen het omgevingsrecht de grenzen liggen van definitieve geschilbeslechting. Dit is niet mogelijk zonder eerst te verduidelijken wat moet worden verstaan onder definitieve geschilbeslechting. Om dit begrip in de juiste context te plaatsen, wordt eerst omschreven welke rol geschilbeslechting inneemt in het bestuursprocesrecht. Vervolgens wordt gedefinieerd wat precies moet worden verstaan onder definitieve geschilbeslechting. Tot slot wordt in dit hoofdstuk stilgestaan bij de instrumenten die de bestuursrechter ter beschikking staan bij het definitief beslechten van geschillen.

### 2.2 Van handhaving van het objectieve recht naar rechtsbescherming

Tot de inwerkingtreding van de Awb was het primaire doel van het bestuursprocesrecht een controle van het objectieve recht. Het gehele besluit werd daarbij gecontroleerd op rechtmatigheid, ongeacht de bezwaren die de burger tegen het besluit inbracht. Dit stelsel staat bekend als het 'recours objectif'. De tegenhanger van dit stelsel is het 'recours subjectif', hetgeen een stelsel inhoudt met als doel het bieden van rechtsbescherming tegen de overheid.

Lange tijd was de algemene opvatting dat het beslechten van geschillen tussen bestuur en burger geen taak was voor de rechter, maar voor het bestuur zelf. De toepassing van beleidsvrije bevoegdheden werd gezien als rechtschepping. Het bestuur zou hierdoor handelen als vertegenwoordiger van het volk. De rechter zou de democratische legitimatie missen om een oordeel te geven over de toepassing van deze bevoegdheden.<sup>8</sup> Het beslechten van geschillen tussen burger en bestuur was daarom in veel gevallen opgedragen aan het bestuur zelf. Deze geschilbeslechting vond plaats door het administratief beroep, hetgeen een procedure inhoudt waarbij een bestuursorgaan het besluit van een ander bestuursorgaan toetst.

Niet alle geschillen werden beslecht door middel van administratief beroep. Binnen specialistische gebieden van het bestuursrecht, zoals het sociale zekerheidsrecht, het belastingrecht en het ambtenarenrecht, zijn reeds lange tijd rechters actief. De bevoegdheden binnen deze rechtsgebieden zijn doorgaans sterk gebonden, zodat het gebrek aan democratische legitimatie minder zwaar weegt. De wijze waarop deze rechters invulling gaven aan hun taak, was niet altijd overeenkomstig de lijn van het recours objectif. Met name de belastingrechter hechtte al veel waarde aan rechtsbescherming, door veelal naast de vernietiging van een besluit zelf in de zaak te voorzien.<sup>9</sup>

Het Benthemarrest<sup>10</sup> uit 1985 vormt een belangrijk keerpunt in het bestuursprocesrecht. In dit arrest liet het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich uit over de toelaatbaarheid van het Kroonberoep. Dit Kroonberoep vormde het slotwoord over de toelaatbaarheid van een besluit. Dit oordeel werd niet gegeven door een rechter maar door De Kroon<sup>11</sup> na advies van de Afdeling geschillen van de Raad van State. Het Kroonberoep was dus een vorm van administratief beroep. Het Hof oordeelde dat het Kroonberoep niet voldeed aan de eisen die artikel 6 lid 1 EVRM stelt aan een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Dit arrest betekende het einde van het administratief beroep

---

<sup>8</sup> Schueler, e.a. 2007, blz. 45.

<sup>9</sup> Schueler, e.a. 2007, blz. 35.

<sup>10</sup> EHRM 23 oktober 1985, ECLI:NL:XX:1985:AC9055.

<sup>11</sup> De Koning en de ministers.



als finaal oordeel op een besluit<sup>12</sup> en droeg hierdoor bij aan de ontwikkeling van rechtsbescherming als primair doel.

Bij de inwerkingtreding van de Awb in 1994 gaf de wetgever in de memorie van toelichting aan dat het primaat van de functie van het handhaven van het objectieve publiekrecht inmiddels had plaatsgemaakt voor het primaat van de rechtsbeschermingsfunctie. Volgens de wetgever was rechtsbescherming voortaan het primaire doel van het bestuursprocesrecht.<sup>13</sup>

Deze verschuiving in primaat betekent overigens niet dat het bestuursprocesrecht geen kenmerken meer heeft van het recours objectif. Een besluit van een bestuursorgaan vormt nog steeds de enige toegang tot de bestuursrechter.<sup>14</sup> Vervolgens zal de rechter nog steeds een oordeel moeten vellen over dat besluit om rechtsbescherming te kunnen bieden. Er is daarom in Nederland meer sprake van een hybride systeem met rechtsbescherming als primair doel, dan van een volwaardig 'recours subjectif'.<sup>15</sup>

### 2.3 De opkomst van geschilbeslechting

Met het verleggen van het primaat van handhaving van het objectieve recht naar het bieden van rechtsbescherming, komt ook geschilbeslechting nadrukkelijker in beeld. Bij de inwerkingtreding van de Awb gaf de wetgever aan dat het bestuursprocesrecht een adequaat kader moest bieden voor het bindend beslechten van een geschil.<sup>16</sup> De wetgever achtte het zowel in het belang van de burger als van het bestuur, dat de gevoerde procedure een definitief resultaat oplevert. Vernietigingen waarmee de burger niets opschiet, moesten worden voorkomen.<sup>17</sup>

Sinds de inwerkingtreding van de Awb heeft de wetgever diverse aanpassingen aan het bestuursprocesrecht gedaan met geschilbeslechting als onderliggend doel. Op deze plaats mag de Wet bestuurlijke lus uit 2010 niet onbenoemd blijven. In de memorie van toelichting bij deze wet constateert de wetgever dat de rechter met regelmaat geen gebruik maakt van zijn mogelijkheden tot geschilbeslechting omdat hij anders op de stoel van de bestuurder zou plaatsnemen.<sup>18</sup> De bestuurlijke lus biedt de rechter de mogelijkheid gebreken te herstellen met respect voor het primaat van het bestuur, door in een tussenuitspraak het bestuursorgaan de kans te bieden zelf deze gebreken te herstellen.

Parallel aan de invoering van de Wet bestuurlijke lus vond een uitgebreidere discussie plaats over het bestuursprocesrecht. In de Nota 'Naar een slagvaardiger bestuursrecht' uit 2004, spreekt het kabinet over een 'sterk gevoelde wens in het bestuur en de samenleving om te komen tot een slagvaardiger bestuursprocesrecht'.<sup>19</sup> Met de Wet aanpassing bestuursprocesrecht uit 2013 werd beoogd effectieve en definitieve geschilbeslechting te bevorderen.<sup>20</sup> Hiertoe voerde de wetgever een aantal inhoudelijke

---

<sup>12</sup> Het administratief beroep bestaat nog wel als 'voorprocedure' bij enkele besluiten. Zie bijvoorbeeld artikel 77 Vreemdelingenwet en artikel 6 Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften.

<sup>13</sup> Kamerstukken II 1991/92, 22 495, 3, blz. 34.

<sup>14</sup> Uitgezonderd de verzoekschriftprocedure bij schade.

<sup>15</sup> De Poorter en De Graaf 2011, blz. 16.

<sup>16</sup> Kamerstukken II 1991/92, 22 495, 3, blz. 35.

<sup>17</sup> Kamerstukken II 1991/92, 22 495, 3, blz. 140.

<sup>18</sup> Kamerstukken II 2007/2008, 31 352, 3, blz. 4.

<sup>19</sup> Kamerstukken II 2003/2004, 29 279, 16, blz. 6.

<sup>20</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 32450, 4, blz. 3.

wijzigingen door, zoals de verruiming van artikel 6:22 Awb<sup>21</sup>, de judiciële lus, het incidenteel beroep en de invoering van een algemeen relativiteitsvereiste.

De Wet aanpassing bestuursprocesrecht introduceerde ook een expliciete wettelijke plicht voor de bestuursrechter tot definitieve beslechting. Artikel 8:41a Awb luidt kort maar krachtig: 'De bestuursrechter beslecht het hem voorgelegde geschil zoveel mogelijk definitief'. In de nota van wijziging van de wet geeft de wetgever aan hoe de rechter vorm moet geven aan zijn opdracht tot definitieve geschilbeslechting. Bij vernietiging van een besluit dient de rechter eerst te bezien of de rechtsgevolgen in stand kunnen blijven. Als dat niet mogelijk is, dient de rechter te bezien of hij zelf in de zaak kan voorzien. Ontbreekt hiervoor de nodige informatie, dan kan hij een bestuurlijke lus toepassen. Pas als dat ook niet mogelijk is kan de bestuursrechter het bestuursorgaan opdragen een nieuw besluit te nemen.<sup>22</sup>

De maatschappelijke wens tot definitieve geschilbeslechting was al voor de codificatie van artikel 8:41a Awb zichtbaar bij de rechtspraak. Reeds in 2008 gaf de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State aan dat de bestuursrechter, bij vernietiging van een besluit, de mogelijkheden tot finale beslechting moet onderzoeken.<sup>23</sup> De Centrale Raad van Beroep kwam in 2010 tot een vergelijkbare conclusie.<sup>24</sup> In zijn jaarverslag van 2010 gaf de Raad van State aan dat er een ontwikkeling in het bestuursrecht in het verschiet ligt, waarbij ieder geschil na de uitspraak van de rechter zoveel mogelijk tot een einde komt.<sup>25</sup>

De bestuursrechter in eerste aanleg voerde ook een belangrijke wijziging door in de behandelwijze van beroepschriften. Deze wijziging wordt 'de nieuwe zaaksbehandeling' genoemd. Deze nieuwe zaaksbehandeling houdt in dat de rechter er naar streeft de behandeling van het beroep ter zitting zo veel mogelijk te laten bijdragen aan de finale beslechting van het geschil.<sup>26</sup> Hiervoor maakt de rechter zo veel als mogelijk gebruik van de mogelijkheden die hij heeft om het geschil definitief te beslechten. In een rapport in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties uit 2015 concluderen Marseille e.a.<sup>27</sup> dat de Nieuwe zaaksbehandeling is aangeslagen bij de bestuursrechter en dat het aantal definitief beslechte geschillen hoog is ten opzichte van de periode voor de Nieuwe zaaksbehandeling.<sup>28</sup>

## 2.4 Definitieve geschilbeslechting nader bekeken

Om te bepalen wat precies moet worden verstaan onder definitieve geschilbeslechting is het nodig het begrip te ontleden. Hierdoor ontstaan drie elementen: 'definitief', 'geschil' en 'beslechting'. Deze elementen worden hieronder nader uitgewerkt door te onderzoeken welke juridische betekenis aan deze begrippen moet worden gegeven.

Een geschil kan op meerdere manieren worden geïnterpreteerd. Zo kan een geschil worden gezien als een juridische strijd omtrent de rechtmatigheid van een besluit. In dat geval is er sprake van een bestuursrechterlijk geschil. Het conflict tussen burger en bestuur is echter vaak breder dan de

---

<sup>21</sup> Deze verruiming heeft tot gevolg dat niet alleen vormfouten kunnen worden gepasseerd, maar alle fouten waarvan aannemelijk is dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.

<sup>22</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 32450, 4, blz. 59.

<sup>23</sup> ABRvS 10-12-2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG6401, JB 2009/39.

<sup>24</sup> CRvB 3-11-2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BO3642, AB 2010/341.

<sup>25</sup> Raad van State 2011, blz. 153.

<sup>26</sup> Marseille e.a. 2015, blz. 23.

<sup>27</sup> Marseille e.a. 2015, blz. 158, 159.

<sup>28</sup> De onderzoekers konden niet met zekerheid concluderen dat dit kan worden toegerekend aan de nieuwe handelswijze, aangezien het streven tot definitieve geschilbeslechting al bestond voor de nieuwe zaaksbehandeling.

rechtsstrijd omtrent één besluit. Vaak is er sprake van meerdere besluiten, privaatrechtelijke elementen of een emotionele lading. De Poorter en De Graaf duiden dit sprekend aan als 'fragmentering van het geschil'.<sup>29</sup> Neemt men al deze fragmenten mee, dan ontstaat een zeer brede definitie van een geschil. Allewijn maakt in zijn proefschrift onderscheid tussen geschil en conflict, waarbij hij een geschil aanmerkt als een gejuridiseerd conflict.<sup>30</sup> Schueler e.a. concludeerden dat een zeer ruime definitie van geschilbeslechting uitgebreid empirisch onderzoek zou vereisen naar de vraag of partijen nog 'twisten over de onderwerpen die hen verdeeld houden'.<sup>31</sup> Zij kozen daarom voor de rechtmatigheid van een besluit als uitgangspunt. In dit scriptieonderzoek wordt aangesloten bij dit uitgangspunt, waardoor een geschil moet worden gezien als de rechtsstrijd omtrent de rechtmatigheid van een besluit.

Wanneer is de rechtsstrijd beslecht? De meest eenvoudige definitie van beslechten is een uitspraak van de rechter omtrent het geschil. Hierbij zijn echter wel enkele kanttekeningen te plaatsen. Allereerst bestaat de mogelijkheid dat het geschil reeds is beslecht tijdens een bestuurlijke voorprocedure. Daarnaast is het mogelijk dat het bestuursorgaan zijn besluit intrekt en alle belanghebbenden daarin berusten. Een derde mogelijkheid is dat de burger zijn beroep intrekt. In deze gevallen is het geschil al beslecht voordat het de rechter heeft bereikt. Aangezien het onderzoek toeziet op geschilbeslechting door de bestuursrechter, zal aan deze mogelijkheden verder geen aandacht worden besteed.

De meeste besluiten zijn vatbaar voor beroep in twee instanties. Dit betekent dat tegen de uitspraak van de rechter in eerste instantie hoger beroep kan worden ingesteld. Hierdoor kan, nadat het geschil is beslecht, het geschil weer herleven. Omdat het voor de rechter op voorhand niet duidelijk is of inderdaad hoger beroep wordt ingesteld, moet een uitspraak van de rechter in eerste instantie worden beschouwd als het beslechten van een geschil.

Gelet op het bovenstaande, wordt de beslechting van een geschil in dit scriptieonderzoek daarom gezien als een uitspraak van de bestuursrechter over de rechtsstrijd omtrent de rechtmatigheid van een besluit. Voor een complete definitie moet echter nog de vraag worden gesteld wanneer deze beslechting definitief is.

Schueler e.a. kwamen tot de volgende opsomming van uitspraken waarbij er sprake zou zijn van definitieve beslechting:

- het beroep is ongegrond verklaard zodat het besluit blijft gelden;
- het beroep is niet-ontvankelijk verklaard;
- de rechter heeft zich onbevoegd verklaard;
- de rechter heeft zelf in de zaak voorzien;
- de rechter heeft de rechtsgevolgen in stand gelaten;
- de rechter heeft het oude besluit vernietigd en er hoeft geen nieuw besluit meer te worden genomen.<sup>32</sup>

Tolsma en Marseille komen tot een ruimere definitie. Volgens hen is een geschil definitief beslecht indien met de uitspraak duidelijk is welk besluit voor de toekomst geldt. Hiervan is sprake als het bestuursorgaan na de uitspraak niet een nieuw besluit hoeft te nemen of als uit de uitspraak exact

---

<sup>29</sup> De Poorter en De Graaf 2011, blz. 49.

<sup>30</sup> Allewijn 2011, blz. 109.

<sup>31</sup> Schueler, e.a. 2007, blz. 6.

<sup>32</sup> Schueler, e.a. 2007, blz. 12.

volgt wat de strekking en de inhoud van het nieuw te nemen besluit moet zijn.<sup>33</sup> Waar Schueller en e.a. een geschil definitief beslecht beschouwen indien het bestuursorgaan geen besluit meer hoeft te nemen, zien Tolsma en Marseille een geschil ook als definitief beslecht indien er nog wel een besluit moet volgen, maar exact duidelijk is wat de inhoud van dat nieuwe besluit moet zijn. Op deze laatste visie valt aan te merken dat na de rechterlijke uitspraak een nieuw besluit moet volgen, wat wederom kan leiden tot een gang naar de rechter.

Het bovenstaande leidt tot de volgende definitie van definitief beslechten van een geschil: iedere uitspraak van de bestuursrechter over een rechtsstrijd omtrent de rechtmatigheid van een besluit met uitzondering van gegrondverklaringen waarbij:

- de rechtsgevolgen niet in stand zijn gelaten,
- de rechter niet zelf in de zaak heeft voorzien en
- er wel een nieuw besluit moet worden genomen.

Negatief geformuleerd betekent dit dat geen sprake is van definitieve beslechting indien de bestuursrechter bij een gegrondverklaring de rechtsgevolgen niet in stand laat en niet zelf in de zaak voorziet, terwijl het bestuursorgaan wel een nieuw besluit moet nemen.

## 2.5 Rechterlijke instrumenten voor geschilbeslechting

In een systeem waarin handhaving van het objectieve recht het enige doel is van bestuursrechtspraak, heeft een rechter niet veel instrumenten nodig om dit doel te bereiken. De mogelijkheid om een besluit te vernietigen zou in dat geval volstaan. Om effectieve rechtsbescherming te kunnen bieden en om geschillen daadwerkelijk te beslechten, heeft een bestuursrechter echter ook andere instrumenten nodig.

Gedurende de ontwikkeling van het bestuursrecht is een ruim instrumentarium ontstaan waar de bestuursrechter uit kan putten. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat deze instrumenten een aanvulling zijn op de mogelijkheid een besluit te vernietigen. Zolang het besluit de ingang vormt naar de bestuursrechter, zal de vernietiging van het besluit het belangrijkste instrument blijven vormen. De aanvullende instrumenten voorkomen dat een besluit 'onnodig' wordt vernietigd of bepalen wat er moet gebeuren na de vernietiging van het besluit.

De uitspraakmogelijkheden van artikel 8:72 Awb geven de rechter de mogelijkheid om na vernietiging het geschil alsnog te beslechten of in ieder geval beslechting te bespoedigen. Op grond van dit artikel kan de rechter besluiten dat:

1. de rechtsgevolgen van het besluit in stand blijven;
2. zijn uitspraak in de plaats treedt van het besluit;
3. het bestuursorgaan bij het nemen van een nieuw besluit de aanwijzingen van de rechter in acht moet nemen;
4. de wettelijke voorbereidingsbepalingen buiten toepassing blijven bij de voorbereiding van het nieuwe besluit en
5. een termijn wordt verbonden aan het nemen van een nieuw besluit.

---

<sup>33</sup> Tolsma en Marseille (*BIP nr. 4*) 2013/6.5(Online in Kluwer Navigator).

Deze lijst is niet de enige bron van rechterlijke instrumenten voor geschilbeslechting. Verder kunnen nog worden benoemd: de mogelijkheid tot het passeren van gebreken<sup>34</sup>, de (informele) bestuurlijke lus<sup>35</sup> en de judiciële lus<sup>36</sup>.

#### *Het in stand laten van de rechtsgevolgen*

De rechter heeft de mogelijkheid om, na de vernietiging van het besluit, de rechtsgevolgen van dat besluit in stand te laten. Eén van de situaties waarin hij van deze mogelijkheid gebruik maakt, is indien het bestuursorgaan volgens hem maar één juist besluit kan nemen na vernietiging. Dat besluit moet dan hetzelfde dictum hebben als het vernietigde besluit. Dit kan onder andere voorkomen bij besluiten die zijn gebaseerd op een verkeerde grondslag<sup>37</sup> of besluiten die zijn genomen door onbevoegde personen.<sup>38</sup>

Het in stand laten van rechtsgevolgen is ook mogelijk bij niet deugdelijk gemotiveerde of niet zorgvuldig voorbereide besluiten, bijvoorbeeld omdat het bestuursorgaan geen blijk heeft gegeven van een zorgvuldige afweging van belangen. Indien het bestuursorgaan tijdens de beroepsprocedure er in slaagt alsnog blijk te geven van een zorgvuldige afweging, kan de rechter de gevolgen van het besluit in stand laten. Deze nadere afweging van belangen kan volgen uit het door het bestuursorgaan gevoerde verweer, maar de rechter kan het bestuursorgaan ook, door toepassing van de bestuurlijke lus, in de gelegenheid stellen deze afweging alsnog uit te voeren.<sup>39</sup> Het in stand laten van de rechtsgevolgen is dus ook mogelijk in gevallen waarin niet slechts één juist besluit mogelijk is. Voldoende is dat het bestuursorgaan laat zien dat het alsnog in staat is tot een goed gemotiveerd en zorgvuldig voorbereid besluit te komen.

#### *De uitspraak in de plaats laten treden van het besluit*

De rechter kan na vernietiging zijn uitspraak in de plaats stellen van het vernietigde besluit. Het bestuursorgaan hoeft dan geen nieuw besluit te nemen. De rechter voorziet zelf in de zaak. De rechtsgevolgen die normaal gesproken ontstaan door het nemen van een besluit, ontstaan vanuit de uitspraak. De rechter zal het betwiste besluit vernietigen, indien nodig het primaire besluit herroepen en zelf een nieuw besluit formuleren.

Het in de plaats laten treden van de uitspraak is een ingrijpend middel. De rechter loopt het risico zich in de machtssfeer van het bestuur te begeven. Hij wijkt af van zijn toetsende rol, waarbij hij slechts aangeeft wat in strijd is met het recht, door actief voor te schrijven wat het juiste besluit is. Als algemeen uitgangspunt geldt dan ook dat zelf in de zaak voorzien alleen mogelijk is als de rechter overtuigd is dat het bestuursorgaan hetzelfde besluit zou nemen en dit besluit de toets aan het recht kan doorstaan.<sup>40</sup>

#### *Het geven van aanwijzingen bij het nemen van een nieuw besluit*

Indien de rechter besluit tot vernietiging van het besluit, de rechtsgevolgen niet in stand laat en zijn uitspraak niet in de plaats stelt van het besluit, is het bestuursorgaan weer aan zet. Er zal dan een nieuw besluit moeten worden genomen. Omdat het niet meer past binnen de doelen van rechtsbescherming en geschilbeslechting om het bestuursorgaan hierin geheel vrij te laten, heeft de rechter in dat geval de mogelijkheid tot het geven van aanwijzingen. Deze aanwijzingen kunnen

---

<sup>34</sup> Artikel 6:22 Awb.

<sup>35</sup> Artikel 8:51a tot en met 8:51c, 8:80a en 8:80b Awb.

<sup>36</sup> Artikel 8:113 lid 2 Awb.

<sup>37</sup> ABRvS 09-03-2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP7193, AB 2011/168 m.nt. R.H.W. Frins.

<sup>38</sup> ABRvS 03-10-2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8985, AB 2012/361 m.nt. L.M. Koenraad.

<sup>39</sup> ABRvS 17-07-2019, ECLI:NL:RVS:2019:2433.

<sup>40</sup> ABRvS, 21-03-2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV9463, AB 2012/233.

expliciet worden opgenomen in het dictum, maar in de meeste gevallen zijn de aanwijzingen terug te vinden in de overwegingen en bepaalt het dictum slechts dat het bestuursorgaan de aanwijzingen van de rechter in acht moet nemen. Volgens de wetgever ligt het in het kader van definitieve geschilbeslechting voor de hand dat de rechter, daar waar mogelijk, gebruik maakt van zijn bevoegdheid tot het geven van aanwijzingen.<sup>41</sup>

#### *Het buiten toepassing laten van wettelijke voorbereidingsbepalingen*

Bij het nemen van besluiten door bestuursorganen kunnen wettelijke voorbereidingsbepalingen van toepassing zijn. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de uitgebreide voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb.<sup>42</sup> Bij de invoering van de Wet bestuurlijke lus Awb constateerde de wetgever dat het toepassen van afdeling 3.4 Awb afbreuk kan doen aan de snelheid en efficiëntie van de beroepsprocedure.<sup>43</sup> Door te bepalen dat de voorbereidingsbepalingen buiten toepassing blijven, kan het bestuursorgaan na de rechterlijke uitspraak sneller overgaan tot het nemen van een nieuw besluit.

#### *Het verbinden van een termijn aan het nieuwe besluit*

De rechter kan een termijn verbinden aan het nemen van een nieuw besluit. Op grond van artikel 8:72 lid 6 heeft hij de mogelijkheid een dwangsom te verbinden aan deze termijn. Dit instrument heeft geen definitieve beslechting van het geschil tot gevolg. Er volgt immers nog steeds een nieuw besluit met nieuwe beroepsmogelijkheden. Het instrument draagt op een meer indirecte wijze bij aan definitieve geschilbeslechting door de termijn waarbinnen een nieuw besluit wordt genomen te beperken.

#### *Het passeren van gebreken*

Op grond van artikel 6:22 Awb kan de rechter het besluit in stand laten, ondanks dat dit in strijd is met het recht, indien aannemelijk is dat belanghebbenden hiermee niet zijn geschaad. Het moet hierbij gaan om gebreken die geen herstel behoeven, omdat op voorhand al duidelijk is dat belanghebbenden niet zijn geschaad door het gebrek.<sup>44</sup> Aangezien dit instrument de afweging van het bestuursorgaan niet aantast en verder ook geen sturende werking op het bestuursorgaan heeft, wordt er verder in dit onderzoek geen aandacht besteed aan dit instrument.

#### *De (informele) bestuurlijke lus*

De rechter kan een bestuursorgaan uitnodigen een gebrek te herstellen.<sup>45</sup> Het gaat hier in de regel om gebreken in de motivering of zorgvuldige voorbereiding van een besluit. Het bestuursorgaan mag weigeren van deze mogelijkheid gebruik te maken. In hoger beroep kunnen bestuursorganen hiertoe worden opgedragen. In dat geval mag het bestuursorgaan de opdracht niet naast zich neerleggen. Deze lus wordt vormgegeven met een tussenuitspraak, waarin het gebrek staat vermeld en de wijze waarop het gebrek moet worden hersteld. Nadat het besluit -al dan niet voldoende- is hersteld, volgt de einduitspraak. Voor de codificatie van de bestuurlijke lus in 2010, hanteerden rechters al een informele bestuurlijke lus. In plaats van een tussenuitspraak, werd de behandeling van het beroep geschorst en werd het bestuursorgaan uitgenodigd om tijdens de schorsing met een nadere onderbouwing te komen. Deze informele lus behoort nog steeds tot de mogelijkheden.

#### *Judiciële lus*

Op grond van artikel 8:113 Awb kan de rechter in hoger beroep bepalen, dat indien hij het bestuursorgaan opdraagt een nieuw besluit te nemen, tegen dat besluit slechts bij hem beroep kan

---

<sup>41</sup> Kamerstukken II 2010-2011, 32 450, 8, blz. 60.

<sup>42</sup> Deze voorbereidingsprocedure schrijft een verplichte zienswijze periode voor van 6 weken voor voorgenomen besluiten.

<sup>43</sup> Kamerstukken II 2007-2008, 31 352, 6, blz. 10.

<sup>44</sup> ABRvS 27-03-2019, ECLI:NL:RVS:2019:921, BA 2019/131.

<sup>45</sup> Artikel 8:51a tot en met 8:51c, 8:80a en 8:80b Awb.

worden ingesteld. Daarmee wordt de rechtbank bij de behandeling van het nieuwe besluit buiten spel gezet. De toepassing van de judiciële lus is geen instrument waarvan de toepassing direct tot gevolg heeft dat het geschil definitief is beslecht. Het bestuursorgaan moet immers nog een nieuw besluit nemen, waartegen in beroep kan worden opgekomen. Het geschil leeft dus voort. Het draagt echter wel bij aan definitieve geschilbeslechting doordat een versnelling wordt aangebracht.

## 2.6 Tussenconclusie

Het primaire doel van het bestuursprocesrecht is verschoven van handhaving van het objectieve recht naar het bieden van rechtsbescherming. Binnen dit doel moeten procedures bij de bestuursrechter, zo veel als mogelijk, een definitief resultaat opleveren. De bestuursrechter kan niet meer volstaan met vernietigen van het besluit en terugverwijzen naar het bestuursorgaan. Met de codificatie van artikel 8:41a Awb heeft de rechter de opdracht geschillen zo veel mogelijk definitief te beslechten.

Er zijn verschillende visies op wat moet worden verstaan onder het definitief beslechten van een geschil. Op grond van onderzoeken door juridische auteurs, kan worden geconcludeerd dat geen sprake is van definitieve beslechting indien de bestuursrechter bij een gegrondverklaring de rechtsgevolgen niet in stand laat en niet zelf in de zaak voorziet, terwijl het bestuursorgaan wel een nieuw besluit moet nemen.

De bestuursrechter heeft een ruim instrumentarium dat hij kan inzetten om een geschil definitief te beslechten. Deze instrumenten zijn altijd een aanvulling op de mogelijkheid een besluit te vernietigen en voorkomen dat een besluit 'onnodig' wordt vernietigd of bepalen wat er moet gebeuren na de vernietiging van het besluit.

### 3. Machtenscheiding, beleidsvrije bevoegdheden en rechterlijke toetsingsintensiteit

#### 3.1 Inleiding

Zoals in het vorige hoofdstuk is aangetoond, is het voor definitief beslechten van geschillen niet voldoende om besluiten te vernietigen. De rechter zal ook een oordeel moeten vellen over wat er na de vernietiging dient te gebeuren. Dit brengt de rechter in een spagaat. Aan de ene kant verlangt het beginsel van machtenscheiding dat hij voldoende tegenwicht biedt aan wetgever en bestuur. Dit pleit voor een rechter die actief gebruik maakt van zijn instrumenten tot definitieve geschilbeslechting. Aan de andere kant dient hij de afwegingsruimte van het bestuur te respecteren. Indien de rechter te nadrukkelijk aangeeft hoe het bestuur gebruik moet maken van zijn bevoegdheden, neemt de rechter plaats op de stoel van het bestuur.

Om dit spanningsveld te verduidelijken zal in de tweede paragraaf van dit hoofdstuk worden uitgewerkt wat moet worden verstaan onder het beginsel van machtenscheiding en welke rol dit beginsel inneemt in de Nederlandse rechtsorde. Vervolgens wordt in de derde paragraaf aandacht besteed aan de beleidsvrijheid die de wetgever aan het bestuur kan toekennen. De mate waarin de wetgever beleidsvrijheid toekent aan het bestuur heeft invloed op de rechterlijke toetsingsintensiteit. Deze toetsingsintensiteit wordt daarom besproken in paragraaf vier. Tot slot wordt stilgestaan bij wat dit alles betekent voor de mogelijkheid tot definitieve geschilbeslechting.

#### 3.2 Machtenscheiding in de Nederlandse rechtsorde

Het beginsel van machtenscheiding is geen concrete norm waaraan rechters direct kunnen toetsen. Het lijkt in die zin niet op de bekende beginselen van behoorlijk bestuur die de rechter concrete toetsingsgrondslagen bieden. Het beginsel van machtenscheiding gaat een slag dieper. Het is één van de beginselen die ten grondslag liggen aan de rechtstaatgedachte.

##### *Een korte geschiedenis*

Machtenscheiding is ontstaan als een reactie op het uitoefenen van absolute macht en het daardoor verdrukken van de rechten van burgers. Het beginsel van machtenscheiding wordt toegeschreven aan John Locke.<sup>46</sup> Locke zag de wetgever als hoogste macht met als enige taak het uitvaardigen van wetten. De uitvoerende macht was belast met het handhaven van deze wetten en was verantwoording schuldig aan de wetgevende macht. Rechtspraak werd in die tijd nog beschouwd als onderdeel van het besturen en vormde als zodanig geen aparte macht.<sup>47</sup> Montesquieu werkte de scheiding van machten uit tot een stelsel van drie machten zoals wij die tegenwoordig nog steeds kennen. Evenals Locke onderscheidt hij een wetgevende macht die bevoegd is tot het uitvaardigen van wetten. Hij verdeelt de uitvoerende macht echter in twee delen: een uitvoerende macht betreffende het volkerenrecht en een uitvoerende macht betreffende het burgerlijk recht. Deze laatste is bevoegd tot het beslechten van geschillen. Hiermee onderscheidt hij een separate rechterlijke macht.<sup>48</sup>

Het beginsel van machtenscheiding is nauw verbonden met het beginsel van evenwicht van machten. Hierbij worden ook drie machten onderscheiden, maar wordt geen strikte scheiding verlangd tussen deze machten. Zij dienen elkaar in balans te houden. Dit beginsel vindt zijn oorsprong in de

---

<sup>46</sup> Locke 1689, second treatise, hoofdstuk XII.

<sup>47</sup> Locke zag wel plaats voor een andere macht, namelijk de federatieve macht. Een macht belast met het bewaken van de vrede en het voeren van oorlog.

<sup>48</sup> Montesquieu 1748, Boek XI, hoofdstuk 6.



Amerikaanse onafhankelijkheidsstrijd. In *The Federalist Papers*<sup>49</sup> wordt een systeem van 'checks and balances' omschreven, waarbij de verschillende machten bevoegdheden toebedeeld krijgen, die vervolgens worden beperkt door andere machten.<sup>50</sup>

#### *Plaats in de Nederlandse rechtsorde*

In Nederland is nooit een nadrukkelijke keuze gemaakt voor machtscheiding of machtsevenwicht. Het Nederlandse staatsbestel kent kenmerken van beide beginselen. In de Grondwet komt het beginsel van machtscheiding tot uitdrukking in de artikelen die toezien op de organieke indeling van het staatsbestel en in verschillende artikelen die toezien op een strikte scheiding van functie. Zo ziet artikel 57 Grondwet toe op functiescheidingen binnen het parlement en tussen parlement en regering. In artikel 117 Grondwet wordt de onafhankelijkheid van rechters versterkt door een benoeming voor het leven.

Het verbod voor de rechter uit artikel 120 Grondwet om wetten te toetsen aan de grondwet is ook een uiting van het beginsel van machtscheiding. Het toetsingsverbod voorkomt immers dat de rechter invloed kan uitoefenen op de bindende werking van wetten in formele zin en daarmee de macht van de wetgever kan inperken.<sup>51</sup> Er zijn echter ook kenmerken van het beginsel van evenwicht van machten. Dit is met name terug te zien in het wetgevingsproces, waarin zowel de regering als het parlement een rol hebben.

#### *Verhouding tussen de verschillende machten*

De wetgevende macht is expliciet benoemd in artikel 81 Grondwet, waarin wordt bepaald dat de regering en de Staten Generaal samen de wetten vaststellen. De uitvoerende macht wordt tegenwoordig niet meer expliciet benoemd in de Grondwet. Doorgaans wordt deze macht in Nederland aangeduid als 'het bestuur'. Besturen gaat daarbij verder dan uitvoering geven aan de wetten gesteld door de wetgevende macht. In het algemeen wordt iedere overheidshandeling die geen wetgeving of rechtspraak inhoudt als besturen gezien.<sup>52</sup>

De rechtstaat vereist dat het handelen van het bestuur rechtmatig is. Dit betekent dat het handelen moet plaatsvinden binnen het recht. De sociale component van de rechtstaat vereist echter ook dat het bestuur sociale rechtvaardigheid verwezenlijkt. Om dit te bereiken moet het handelen van het bestuur naast rechtmatig ook doelmatig zijn. Hiermee wordt bedoeld dat de schaarse middelen die het bestuur ter beschikking staan zo efficiënt mogelijk ingezet moeten worden.<sup>53</sup>

Op grond van artikel 112 Grondwet is de rechter<sup>54</sup> belast met het berechten van geschillen. Deze opdracht moet worden gelezen als een opdracht tot het spreken van recht.<sup>55</sup> De doelmatigheid van

---

<sup>49</sup> *The Federalist Papers* zijn een verzameling artikelen aan de hand van Jay, Hamilton en Madison. De artikelen zijn geschreven ter onderbouwing van de eerste grondwet van de Verenigde Staten.

<sup>50</sup> J. Madison 1788.

<sup>51</sup> Zoals hieronder wordt uitgewerkt, heeft de rechter via de plicht uit artikel 94 Grondwet, om te toetsen aan internationale verdragen, wel invloed op de bindende werking van de wet door de mogelijkheid om de wet in een bepaald geval buiten toepassing te laten.

<sup>52</sup> Er zijn verschillende omschrijvingen van bestuur. Van Wijk en Konijnenbelt omschrijven het bestuur als ieder overheidsorgaan dat niet behoort tot de wetgever of de rechtspraak. Zie: Van Wijk en Konijnenbelt 2014, blz. 5. Schlössels en Zijlstra omschreven bestuur als het van overheidswege behartigen van het algemeen belang. Zie: Schlössels en Zijlstra 2010, blz. 5.

<sup>53</sup> Schlössels en Zijlstra 2010, blz. 42.

<sup>54</sup> De term 'rechter' moet hier breed worden geïnterpreteerd aangezien artikel 112 Grondwet ruimte biedt voor rechtspraak door de rechterlijke macht en door gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren.

<sup>55</sup> Artikel 13 van Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk formuleert deze opdracht als volgt: 'De regter die weigert regt te spreken, onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet, kan uit hoofde van *regtsweigering* vervolgd worden.'

het handelen van het bestuur valt buiten de rechterlijke controle. Dit handelen is slechts onderworpen aan democratische controle vanuit de volksvertegenwoordigende organen.

Er is geen grondwettelijke bepaling waaraan het optreden van de machten in Nederland kan worden getoetst. Bovend'Eert beschrijft het beginsel van machtscheiding als een rechtsbeginsel dat waarborgen biedt voor- en grenzen stelt aan de inrichting van het staatsbestel.<sup>56</sup> Witteveen ontleedt uit het beginsel zes concrete verboden waar de machten zich aan dienen te houden.<sup>57</sup> Een tweetal van deze verboden richt zich tot de rechter:

Allereerst is het de rechter niet toegestaan op de stoel van de wetgever te gaan zitten. Indien de rechter de inhoud van de wet bepaalt, zou dit het democratisch proces schaden. Hierbij moet volgens Witteveen wel de nuance worden geplaatst dat de wetgever vaak ruimte voor interpretatie laat in de wet. Rechterlijke interpretatie is volgens hem onvermijdelijk en gewenst. Daarnaast is de rechter op grond van artikel 94 Grondwet bevoegd tot het toetsen van de wet aan internationale verdragen. Hierdoor heeft de rechter, ondanks het toetsingsverbod uit artikel 120 Grondwet, toch invloed op de bindende werking van de wet.

Het tweede verbod dat Witteveen ontleedt uit het beginsel van machtscheiding, is het verbod voor de rechter om plaats te nemen op de stoel van het bestuur. Hiermee wordt bedoeld dat het de rechter niet is toegestaan te toetsen op doelmatigheid. Hij mag slechts toetsen op rechtmatigheid. Ook dit verbod moet volgens Witteveen worden genuanceerd. De ontwikkeling van de Algemene beginselen van behoorlijk bestuur heeft immers geleid tot een minder marginale opstelling van de rechter. Daarnaast bieden Grondwet en internationale verdragen een breed spectrum aan (grond)rechten waar de rechter aan kan toetsen. Een toets op rechtmatigheid is dus veel meer dan een toets aan de wet.

### 3.3 Beleidsvrije bevoegdheden

De wetgever kent bevoegdheden toe aan het bestuur en verbindt hieraan kaders. Binnen deze kaders komt het bestuur ruimte toe om te beslissen. Deze ruimte verschilt per bevoegdheid. In het ene uiterste is het bestuur gebonden tot het doorlopen van exacte wettelijke criteria. In het andere uiterste heeft het bestuur een grote mate van vrijheid tot het al dan niet toepassen van de bevoegdheid.

#### *Beslissingsruimte*

Doorgaans wordt, in navolging van Duk<sup>58</sup>, binnen de beslissingsruimte, een onderscheid gemaakt tussen beoordelingsruimte en beleidsvrijheid.<sup>59</sup> Van beoordelingsruimte is sprake indien het bestuursorgaan de ruimte heeft begrippen te interpreteren. Het gaat hierbij om relatief objectieve begrippen zoals 'woning', 'inrichting', 'stedelijk gebied'. Daarnaast is het mogelijk dat het bestuursorgaan subjectieve begrippen moet interpreteren, zoals 'gevaarlijk', 'openbare orde' of 'goede ruimtelijke ordening'. Naar mate de begrippen vager worden, komt het bestuur meer vrijheid toe bij de interpretatie daarvan. In die gevallen wordt gesproken over beoordelingsvrijheid. Daartegenover staat dat het bestuursorgaan bij objectieve begrippen weinig tot geen vrijheid heeft. In die gevallen wordt gesproken over objectieve beoordelingsruimte. Van Wijk en Konijnenbelt

---

<sup>56</sup> Bovend'Eert 2004, blz. 243.

<sup>57</sup> Witteveen 2001, blz. 267.

<sup>58</sup> Duk, *RM Thermis* 1988, blz. 156-169.

<sup>59</sup> In zijn jaarverslag 2017 geeft de Raad van State aan beleidsvrijheid voortaan beleidsruimte te noemen. De terminologische wijziging door de Raad van State vindt nog geen brede navolging in de literatuur. Zie bijvoorbeeld Huisman en Jak, *NTB* 2019/20, blz. 215. Daarnaast gebruiken de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven nog steeds de term beleidsvrijheid. In dit onderzoek is er daarom voor gekozen de term beleidsvrijheid te blijven hanteren.

beschrijven beoordelingsruimte als de door het bestuursorgaan te beantwoorden vraag of hij gebruik *kan* maken van zijn bevoegdheid. Bij beleidsvrijheid gaat het vervolgens om de vraag *hoe* het bestuursorgaan de bevoegdheid zal hanteren.<sup>60</sup>

### *Belangenafweging*

Van beleidsvrijheid is dus sprake indien een bestuursorgaan een bevoegdheid kan toepassen, maar vrij is in de wijze waarop de bevoegdheid zal worden gehanteerd. Het bestuursorgaan kan in dat geval er zelfs van afzien de bevoegdheid toe te passen. Beleidsvrijheid is niet onbegrensd. Zoals Schlössels en Zijlstra treffend aangeven, kan er binnen een rechtstaat geen sprake zijn van rechtsvrije ruimte.<sup>61</sup> De beleidsvrijheid wordt dus beperkt door het recht. Eén van de gevolgen hiervan is dat de keuze van het bestuursorgaan moet worden gebaseerd op een afweging van belangen. Deze afweging van belangen is gecodificeerd in afdeling 3.2 Awb. Artikel 3:2 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan zorgvuldig alle feiten en belangen inzichtelijk moet maken. Artikel 3:4 Awb stelt vervolgens in lid 1 dat het bestuursorgaan de rechtstreeks betrokken belangen moet afwegen. Uit lid 2 volgt de eis dat nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. De afweging van belangen ziet dus toe op een afweging tussen belangen van betrokkenen en het doel van de bestuursbevoegdheid.

Het specialiteitsbeginsel beperkt de omvang van de belangenafweging. Dit beginsel houdt in dat bestuursorganen slechts kunnen handelen in het belang van een specifiek publiek doel. Hieruit vloeit voort dat het bestuursorganen niet is toegestaan publieke belangen te betrekken bij de belangenafweging die geen verband houden met het doel van de bevoegdheid.<sup>62</sup> Deze afweging heeft immers al plaatsgevonden door de wetgever bij het toekennen van de bevoegdheid. Belangen van burgers en bedrijven, die samenvallen met het doel van de bevoegdheid, moeten wel worden betrokken bij de belangenafweging. Dit geldt ook voor de belangen van de aanvrager van een beschikking, ongeacht of deze belangen samenvallen met het doel van de bevoegdheid. Het meewegen van belangen van derden, die vreemd zijn aan het doel van de bevoegdheid, maakt over het algemeen inbreuk op het specialiteitsbeginsel.<sup>63</sup>

### *Toekenning van beleidsvrijheid*

Beleidsvrijheid wordt aan bestuursorganen toegekend door de wetgever. De wetgever geeft meestal expliciet aan dat er sprake is van beleidsvrijheid door te werken met 'kan' bepalingen. Daarnaast komt regelmatig voor dat de wetgever spreekt over de 'bevoegdheid' tot een bepaalde handeling. Huisman en Jak wijzen er op dat de mate van beleidsvrijheid niet alleen volgt uit de gebruikte terminologie, maar ook uit de bedoeling van de wetgever. Zij wijzen op de mogelijkheid dat de wetgever in de memorie van toelichting expliciet aangeeft met welke belangen het bestuursorgaan rekening dient te houden. Hiermee is de beleidsvrijheid door de wetgever begrensd.<sup>64</sup>

Met het verloop van de tijd is de wetgever het bestuur steeds meer ruimte gaan geven om zijn bevoegdheden uit te oefenen. Deze beweging wordt ook wel aangeduid als de terugtred van de wetgever. De belangrijkste verschijningsvorm van deze terugtred is ruim omschreven bevoegdheden voor bestuursorganen. Dit uit zich door het gebruik van subjectieve begrippen, met als gevolg ruime beoordelingsvrijheid of niet of nauwelijks ingekaderde beleidsvrijheid. Klap constateert dat het daarbij

---

<sup>60</sup> Van Wijk en Konijnenbelt 2014, blz. 147.

<sup>61</sup> Schlössels en Zijlstra 2010, blz. 155.

<sup>62</sup> ABRvS16-02-2000, ECLI:NL:RVS:2000:AN6369, m.nt. J.M. Verschuuren.

<sup>63</sup> In sommige situaties lijkt er wel ruimte voor het meewegen van dergelijke 'vreemde' belangen. Zie bijvoorbeeld: ABRvS 02-06-2004, ECLI:NL:RVS:2004:AP0371, AB 2006/365, m.nt. A. van Hall.

<sup>64</sup> Huisman en Jak, *NTB* 2019/20, blz. 216.

vaak niet duidelijk is of deze ruimte een bewuste keuze is en het hierdoor onduidelijk is of er daadwerkelijk sprake is van bestuurlijke ruimte. Dit levert uitdagingen op voor bestuur en rechter, omdat hierdoor niet altijd duidelijk is hoe de rechter het bestuurlijk handelen dient te toetsen.<sup>65</sup>

#### *Beleidsvrijheid in het omgevingsrecht*

Beleidsvrije bevoegdheden treft men binnen het omgevingsrecht vooral aan in het subrechtsgebied van het ruimtelijke ordeningsrecht. De bevoegdheid van het college van burgemeester en wethouders om via een omgevingsvergunning van het bestemmingsplan af te wijken is een goed voorbeeld van een bevoegdheid met beleidsvrijheid.<sup>66</sup> Dat deze bevoegdheid beleidsvrijheid bevat, volgt in eerste instantie uit de formulering van de bevoegdheid. Het college 'kan' een omgevingsvergunning verlenen indien aan de overige criteria is voldaan. Hiermee geeft de wetgever aan dat er op het bestuursorgaan geen verplichting rust tot het toepassen van de bevoegdheid. Uit de memorie van toelichting op de Wabo blijkt dat bij de toepassing van deze bevoegdheid kan worden aangesloten bij de jurisprudentie op grond van de Wro.<sup>67</sup> Uit deze jurisprudentie kan worden geconcludeerd dat een bevoegdheid tot het verlenen van een vrijstelling of ontheffing<sup>68</sup> niet betekent dat ook daadwerkelijk een vrijstelling of ontheffing moet worden verleend.<sup>69</sup> Deze lijn wordt nog steeds gevolgd door de Afdeling.<sup>70</sup>

### 3.4 De rechterlijke toetsingsintensiteit

Het beginsel van machtscheiding bepaalt dat de rechter niet de rol van het bestuur mag overnemen. Dit heeft gevolgen voor de wijze waarop de rechter bestuurlijke besluiten mag toetsen. De toets van de rechter vindt plaats op rechtmatigheid. Dit betekent dat het de rechter alleen is toegestaan om besluiten te toetsen aan wettelijke regels, ongeschreven regels en rechtsbeginselen. De doelmatigheid van het besluit is het domein van het bestuur en moet daarom zo veel mogelijk buiten beschouwing blijven.

Bij besluiten die volledig gebonden zijn door wettelijke voorschriften, levert dit geen problemen op. De rechter kan deze besluiten volledig toetsen aan het recht. Bij beleidsvrije bevoegdheden is dit echter anders. Hier heeft de wetgever bewust ruimte gelaten aan een invulling door het bestuur. De rechter kan deze ruimte niet volledig toetsen zonder de rol van het bestuur over te nemen. De invulling van deze ruimte is immers een beleidskeuze aan de hand van een belangenafweging. Voor het afwegen van deze belangen is de rechter niet geëquipeerd noch gelegitimeerd.<sup>71</sup> Dit betekent dat de bestuurlijke ruimte slechts terughoudend kan worden getoetst door de rechter. Deze toets wordt ook wel de marginale toets genoemd.

Overigens wordt niet alleen de ruimte van het bestuur terughoudend getoetst. Ook bij het toetsen van wetgeving aan internationale verdragen toetst de rechter terughoudend indien de wetgever

---

<sup>65</sup> Klap, *NTB* 2007, 27, par. 7 (online in Kluwer Navigator).

<sup>66</sup> Artikel 2.1 lid 1 sub c Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo).

<sup>67</sup> Kamerstukken II, 2006-2007, 30844, 3, blz. 105.

<sup>68</sup> In de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) werd de term 'vrijstelling' gebruikt. In de Wet ruimtelijke ordening (Wro) werd de term 'ontheffing' gebruikt.

<sup>69</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 11-06-2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3608, AB 2009/28. In deze uitspraak overweegt de rechtbank als volgt: '...brengt de enkele omstandigheid dat in artikel 20 van het Bro een vrijstellingsmogelijkheid is opgenomen niet met zich dat die vrijstelling ook moet worden verleend. Het college komt immers beleidsvrijheid toe om al dan niet vrijstelling te verlenen.'

<sup>70</sup> De Afdeling hanteert momenteel de volgende standaard overweging: 'Bij de beslissing om al dan niet toepassing te geven aan de hem toegekende bevoegdheid om voor afwijking van het bestemmingsplan een omgevingsvergunning te verlenen, komt het college beleidsruimte toe. De rechter toetst of het college in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen.' Zie bijvoorbeeld ABRvS 29-05-2019, ECLI:NL:RVS:2019:1729.

<sup>71</sup> Klap, *NTB* 2007/27, par. 7 (online in Kluwer Navigator).

keuzevrijheid heeft. De rechter beoordeelt slechts of de wetgever in redelijkheid tot een bepaalde keuze heeft kunnen komen. Ook is de rechter terughoudend in zelf voorzien in een eventueel rechtstekort als gevolg van onrechtmatige wetgeving. Indien er meerdere oplossingen voor het rechtstekort mogelijk zijn, zal de rechter de oplossing in eerste instantie aan de wetgever overlaten.<sup>72</sup>

#### *Willekeurformule*

De vrijheid van bestuursorganen is niet onbeperkt. Al in 1949 introduceerde de Hoge Raad de zogenaamde 'willekeurformule'. Deze formule komt er op neer dat er reden tot tussenkomst voor de rechter is, indien het toepassen van een beleidsvrije bevoegdheid kan worden aangemerkt als een daad van willekeur. Hiervan is volgens de Hoge Raad sprake indien het bestuursorgaan bij het afwegen van de in aanmerking komende belangen niet in redelijkheid tot het besluit had kunnen komen, waardoor de belangenafweging geacht moet worden niet te hebben plaatsgevonden.<sup>73</sup> De Hoge Raad creëerde met dit verbod op willekeur een norm waarmee de rechtmatigheid van een besluit kan worden getoetst, zonder een oordeel te vellen over de doelmatigheid van het besluit.<sup>74</sup>

De codificatie van het evenredigheidsbeginsel<sup>75</sup> zette bij de inwerkingtreding van de Awb 1994 de discussie omtrent de rechterlijke toetsingsintensiteit op scherp. Reeds bij de behandeling van het wetsvoorstel rees de vraag of de willekeurformule nog de norm vormde of dat met de codificatie een andere, meer indringende vorm van toetsing, werd voorgesteld.<sup>76</sup> De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State maakte aan deze onduidelijkheid een einde in de uitspraak die bekend staat als *Maxis en Praxis*.<sup>77</sup> De Afdeling concludeerde dat de wetgever niet heeft beoogd de toets door de rechter te intensiveren ten opzichte van de op dat moment leidende bestuursrechtspraak. Volgens de Afdeling blijkt uit de memorie van antwoord bij de Awb<sup>78</sup> dat het niet de bedoeling is dat de rechter aangeeft welke uitkomst van de belangenafweging als het meest evenwichtig moet worden beschouwd. Hierbij verwijst de Afdeling naar de scheiding tussen rechtspraak en bestuur. Volgens de Afdeling blijkt uit de term 'niet onevenredig' een dubbele ontkenning die tot terughoudendheid van de rechter noopt.<sup>79</sup> Uit deze overwegingen van de Afdeling kan worden geconcludeerd dat de rechter ook na codificatie van het evenredigheidsbeginsel nog steeds terughoudend toetst.

Het verbod van willekeur vormt dus een toetsingsnorm die de rechter helpt bij het uitvoeren van de marginale toets. De intensiteit van deze toets verschilt echter per geval en is afhankelijk van de bestuurlijke bevoegdheid waarvan de toepassing moet worden getoetst. In die zin bepaalt de wetgever door het toedelen van de beslissingsruimte ook de toetsingsintensiteit van de rechter. De toetsing is intensiever, indien uit de bedoeling van de wetgever blijkt dat de belangenafweging niet geheel vrij is.<sup>80</sup> Volgens Schlössels en Zijlstra houdt de marginale toetsing nauw verband met het beginsel van machtenscheiding. Volgens hen gaat het uiteindelijk om de vraag in hoeverre de rechter het bestuur mag controleren op belangenafweging en beleidsvoering. Zij wijzen erop dat, afhankelijk van de aard van het besluit, vele gradaties van toetsingsintensiteit mogelijk zijn.<sup>81</sup>

---

<sup>72</sup> HR 12-05-1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA2756, NJ 2000/170, m.nt. A.R. Bloembergen.

<sup>73</sup> HR 25-02-1949, NJ 1949, 558 (Doetinchemse woonruimtevoordering).

<sup>74</sup> M.A. Heldeweg en R.J.N. Schlössels, *JB* 1996, 212, blz. 907.

<sup>75</sup> Artikel 3:4 lid 2 Awb.

<sup>76</sup> Kamerstukken II 1990/91, 21221, 5, blz. 55.

<sup>77</sup> ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153, AB 1997/93, *AB Klassiek* 2016/22, m.nt. B.W.N. de Waard (*Maxis en Praxis*).

<sup>78</sup> Kamerstukken II 1992/93, 22 495, 6, blz. 60, 61.

<sup>79</sup> ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153, AB 1997/93, *AB Klassiek* 2016/22, m.nt. B.W.N. de Waard (*Maxis en Praxis*), par. 22.1.1.

<sup>80</sup> Huisman en Jak, *NTB* 2019/20, blz. 216.

<sup>81</sup> Schlössels en Zijlstra 2010, blz. 409.

### 3.5 Beperkingen aan definitieve geschilbeslechting

In de vorige paragraaf is aangegeven dat de bestuursrechter slechts mag toetsen op rechtmatigheid en niet op doelmatigheid. De rechter mag dus wel aangeven wat niet rechtmatig is, maar zodra er voor het bestuursorgaan nog keuzes zijn, mag de rechter niet zeggen wat de beste keuze is. Deze vorm van toetsen heeft uiteraard ook gevolgen voor de mogelijkheid tot definitieve geschilbeslechting. Bij beleidsvrije bevoegdheden zijn er immers altijd keuzes te maken door het bestuursorgaan. Indien de rechter een besluit bestempelt als onrechtmatig, zijn er meestal nog vele alternatieve besluiten te nemen.

In de memorie van toelichting bij de Wet aanpassing bestuursprocesrecht uit 2013 geeft de wetgever aan dat de bestuursrechter in een aantal gevallen het geschil niet definitief mag beslechten, omdat dit afstuit op het primaat van het bestuur. Volgens de wetgever mag de bestuursrechter niet treden in de beleidsvrijheid die de wetgever bewust aan het bestuursorgaan heeft toevertrouwd. Anders zou de bestuursrechter het bestaande stelsel van machtsverhouding in gevaar kunnen brengen. Het gevolg hiervan is, volgens de wetgever, dat de bestuursrechter soms wel mag aangeven hoe het niet had moeten, maar niet hoe het nu wel zou kunnen of moeten.<sup>82</sup> De wetgever voegt daaraan toe dat er wordt uitgegaan van een evenwicht tussen enerzijds de behoefte tot definitieve geschilbeslechting en anderzijds de ruimte voor het bestuur om invulling te geven aan de door de wetgever geboden beleidsvrijheid. Dit evenwicht is volgens de wetgever geen vaststaand gegeven, omdat naar huidig inzicht definitieve geschilbeslechting steeds minder afstuit op beleidsvrijheid, dan in het verleden werd gedacht.<sup>83</sup>

Marseille en Sietes geven aan dat wanneer het bestuursorgaan beleidsvrijheid toekomt, de rechter niet in alle gevallen hoeft af te zien van definitieve beslechting. Zij zien hiervoor mogelijkheden indien het bestuursorgaan tijdens de procedure alsnog de vereiste belangenafweging heeft uitgevoerd en de andere partij voldoende gelegenheid is geboden zich daarover uit te laten en de uitkomst de rechterlijke toets kan doorstaan.<sup>84</sup>

Het bovenstaande maakt duidelijk dat definitieve geschilbeslechting niet onmogelijk is bij beleidsvrije bevoegdheden. Van belang is dat het bestuursorgaan de ruimte wordt gelaten een belangenafweging te maken. De rechter kan zijn instrumenten dus niet inzetten om, bij gebrek aan een zorgvuldige belangenafweging door het bestuursorgaan, zelf de juiste afweging te maken. Hij kan echter wel het bestuursorgaan tijdens de beroepsprocedure alsnog in de gelegenheid stellen deze belangenafweging uit te voeren en vervolgens conclusies verbinden aan deze uitkomst. Hoe dit in de praktijk vorm krijgt, wordt omschreven in het volgende hoofdstuk.

---

<sup>82</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 32450, 3, blz. 11.

<sup>83</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 32450, 3, blz. 12.

<sup>84</sup> Marseille en Sietes, *NJB* 2013/497, par. 2 (Online in Navigator).

### 3.6 Tussenconclusie

Het beginsel van machtscheiding brengt de rechter in een spagaat. Aan de ene kant heeft hij de grondwettelijke opdracht om recht te spreken en biedt hij daarmee tegenwicht aan het bestuur en de wetgever. Aan de andere kant vloeit uit het beginsel een concreet verbod voor de rechter voort, namelijk het verbod om plaats te nemen op de stoelen van bestuur en wetgever. Deze spagaat komt tot uiting in de wijze waarop de rechter de toepassing van beleidsvrije bevoegdheden toetst.

De rechter houdt de balans tussen zijn grondwettelijke opdracht en het verbod om plaats te nemen op de stoel van het bestuur door slechts te toetsen op rechtmatigheid. De doelmatigheid van het bestuur valt buiten de toets. Indien de wetgever het bestuur beleidsvrijheid toekent, kan de invulling van deze beleidsvrijheid ook slechts worden getoetst op rechtmatigheid. De toets die de rechter uitvoert is een marginale toets op basis van het verbod op willekeur.

Deze vorm van toetsen beperkt de mogelijkheid tot definitieve geschilbeslechting bij beleidsvrije bevoegdheden. Definitieve geschilbeslechting is niet per definitie onmogelijk, maar vereist grote zorgvuldigheid van de rechter. Van belang is dat het bestuursorgaan de ruimte wordt gelaten zelf een belangenafweging te maken. De rechter kan zijn instrumenten dus niet gebruiken om zelf een belangenafweging te maken. Dat zou immers neerkomen op een verkapte doelmatigheidstoets. Hij kan zijn instrumenten echter wel inzetten om het bestuursorgaan in de gelegenheid te stellen alsnog de vereiste belangenafweging uit te voeren.

## 4. Definitieve geschilbeslechting in het omgevingsrecht

### 4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is stilgestaan bij het beginsel van machtenscheiding en het gevolg van de aanwezigheid van beleidsvrijheid op de rechterlijke toetsingsintensiteit. Dit hoofdstuk maakt duidelijk hoe de rechter binnen het omgevingsrecht gebruik maakt van zijn instrumenten tot definitieve geschilbeslechting.

### 4.2 Definitieve geschilbeslechting in het omgevingsrecht

Aan de hand van de bevoegdheid tot het verlenen van een omgevingsvergunning om af te wijken van het bestemmingsplan<sup>85</sup> is onderzocht hoe de bestuursrechter concreet invulling geeft aan zijn taak als geschilbeslechter. Deze bevoegdheid is geselecteerd omdat dit een bevoegdheid is die zonder twijfel beleidsvrijheid bevat.<sup>86</sup>

Er is een representatieve weergave van 95 einduitspraken onderzocht.<sup>87</sup> Zoals zichtbaar is in de onderstaande tabel, bleef bij 60 van de 95 van de uitspraken het besluit in stand. Hiermee wordt doorgaans geen oplossing bereikt naar tevredenheid van de appellerende burger, maar het geschil is wel definitief beslecht. De rechter slaagde erin het geschil ook definitief te beslechten door 19 keer een besluit te vernietigen, maar de rechtsgevolgen in stand te laten. Zeldzaam waren uitspraken waarbij de uitspraak in de plaats werd gesteld van het besluit. Dit kwam slechts 2 keer voor. In de overige 14 uitspraken slaagde de rechter er niet in het geschil definitief te beslechten en werd het besluit vernietigd zonder de rechtsgevolgen in stand te laten of de uitspraak in de plaats te stellen van het besluit. Wel werd daarbij 9 keer de judiciële lus toegepast.

Besluit in stand gelaten	60
Uitspraak in de plaats gesteld	2
Rechtsgevolgen in stand gelaten	19
Kale vernietiging besluit	14
Totaal	95

Hieruit blijkt dat indien de Afdeling overgaat tot vernietiging, vaak de rechtsgevolgen in stand worden gelaten. Is dat niet mogelijk dan wordt er meestal gekozen voor een kale vernietiging, al dan niet gepaard met de judiciële lus. Het in de plaats stellen van de uitspraak komt zelden voor.

#### *In de plaats stellen van de uitspraak*

In de 95 onderzochte uitspraken komt het slechts 2 keer voor dat de rechter zijn uitspraak in de plaats stelt van het besluit. Dit is begrijpelijk, aangezien de rechter zich hiermee op glad ijs begeeft. Hij geeft dan niet alleen aan wat *niet* rechtmatig is, maar bepaalt ook wat het juiste besluit *wel* moet zijn. Hij begeeft zich dan gevaarlijk dichtbij de machtssfeer van het bestuur. De twee zaken waarbij de Afdeling wel zijn uitspraak in de plaats stelt van het besluit, worden hieronder besproken.

Ingeval van ABRvS 17-04-2019<sup>88</sup> had het bestuursorgaan ten onrechte een bezwaarmaker ontvankelijk verklaard in zijn bezwaren. De rechter vernietigde dat besluit en verklaarde de bezwaarmaker zelf niet ontvankelijk in zijn bezwaren. Deze in-de-plaatstelling is goed te verklaren aangezien de rechter hier

---

<sup>85</sup> Artikel 2.12 lid 1.

<sup>86</sup> Zie paragraaf 3.3.

<sup>87</sup> Zie paragraaf 1.2 voor de verantwoording van deze selectie.

<sup>88</sup> ABRvS 17-04-2019, ECLI:NL:RVS:2019:1252, 201805279/1/A1.



de inhoudelijke afweging van het bestuursorgaan niet aantast. In geval van niet-ontvankelijkheid is bovendien altijd maar één juist besluit mogelijk.

In ABRvS27-09-2017<sup>89</sup> was de situatie complexer. Het college en de burgemeester hadden respectievelijk een omgevingsvergunning en een exploitatievergunning geweigerd voor een speelautomatenhal. De Afdeling vernietigde niet alleen het besluit op het bezwaarschrift, maar ook de primaire besluiten tot weigering van de vergunningen. Als reden voor de vernietiging van de primaire besluiten geeft de Afdeling aan dat de gebreken kleven aan de gehele besluitvorming. De Afdeling nam echter niet zelf alsnog een besluit op de aanvraag. Zij geeft slechts aanwijzingen hoe moet worden gekomen tot een nieuw primair besluit. Hierdoor is formeel wel sprake van een in de plaatsstelling. De Afdeling volstond immers niet met vernietiging van het besluit op het bezwaar, maar nam zelf een nieuw besluit op het bezwaarschrift. Dat besluit ging echter niet verder dan een herroeping van de primaire weigering. Hierdoor begaf de Afdeling zich nog niet in de machtssfeer van de bestuursorganen, doordat hij het nemen van een nieuw besluit op de aanvraag overliet aan het bestuursorgaan.

Opvallend is dat de rechtbanken minder terughoudend zijn in het in de plaats stellen van hun uitspraak dan de Afdeling. In RBNHO 30-07-2013<sup>90</sup> vernietigde de rechtbank niet alleen een besluit op bezwaar, maar werd ook het primaire besluit tot het verlenen van een bouwvergunning herroepen. De Afdeling oordeelde in ABRvS25-06-2014<sup>91</sup> dat de rechtbank hiermee te ver is gegaan. Volgens de Afdeling is het herroepen van het primaire besluit alleen mogelijk als vaststaat dat er geen vrijstelling kon worden verleend. Aangezien niet kon worden uitgesloten dat het college alsnog met een toereikende motivering kan besluiten tot het verlenen van een vrijstelling, had de rechtbank niet zelf in de zaak mogen voorzien.

In RBNHO 17-02-2016<sup>92</sup> vernietigde de rechtbank niet alleen het besluit op bezwaar, maar werd ook het primaire besluit tot het weigeren van een omgevingsvergunning herroepen, werd het college opgedragen een omgevingsvergunning te verlenen en werd de gemeenteraad opgedragen een projectbesluit te nemen. In ABRvS09-11-2016<sup>93</sup> greep de Afdeling in. De Afdeling oordeelde dat wanneer voor het bestuursorgaan nog beleidsvrijheid bestaat, de rechter zelf in de zaak kan voorzien indien het bestuursorgaan alsnog de vereiste belangenafweging heeft gemaakt en de uitkomst van die belangenafweging evident de rechterlijke toets kan doorstaan. In dit geval had de gemeenteraad echter geen belangenafweging gemaakt die leidt tot het nemen van een projectbesluit. De gemeenteraad had juist aangegeven niet voornemens te zijn een dergelijk besluit te nemen. De rechtbank had daarom moeten volstaan met vernietiging van het besluit.

#### *In stand laten van de rechtsgevolgen*

Het overzicht laat zien dat de Afdeling doorgaans minder moeite heeft met het in stand laten van de rechtsgevolgen dan met het in de plaatsstellen van de uitspraak. Een nadere blik op de betreffende uitspraken laat zien dat het hier gaat om motiveringsgebreken, fouten in de voorbereiding en technische fouten van de zijde van het bestuursorgaan, zoals het hanteren van een verkeerde wettelijke grondslag. De uitspraken laten zien dat de Afdeling hoge eisen stelt aan de motivering van een besluit. Dit geldt met name voor de belangenafweging waarbij de Afdeling indringend beoordeelt

---

<sup>89</sup> ABRvS27-09-2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611, 201406079/1/A1.

<sup>90</sup> RBNHO 30-07-2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:6636.

<sup>91</sup> ABRvS 25-06-2014, ECLI:NL:RVS:2014:2306, *Milieurecht Totaal* 2017/6643.

<sup>92</sup> RBNHO 17-02-2016, 14/3649.

<sup>93</sup> ABRvS 09-11-2016, ECLI:NL:RVS:2016:2963.

of alle relevante belangen bij de afweging zijn betrokken. Is dit niet het geval, dan leidt dit tot vernietiging van het besluit wegens onzorgvuldige voorbereiding of onvolledige motivering.

Het werk van de Afdeling houdt echter niet op bij vernietiging van het besluit. Bij een foutieve grondslag, constateert de Afdeling ambtshalve wat de juiste grondslag moet zijn. Indien duidelijk is dat toetsing aan de juiste grondslag hetzelfde besluit tot gevolg heeft, laat de Afdeling de rechtsgevolgen in stand. In ABRvS 27-03-2013<sup>94</sup> heeft het college een omgevingsvergunning getoetst aan het verkeerde bestemmingsplan. Dit leidde tot vernietiging van het besluit. Vervolgens werd onderzocht of toetsing aan het juiste bestemmingsplan hetzelfde besluit tot gevolg heeft. De Afdeling ging hierbij praktisch te werk door te constateren dat het project in strijd was met beide bestemmingsplannen en de uitleg van het college om niet mee te werken aan een afwijking van het juiste bestemmingsplan te accepteren.

Gebreken in de motivering en zorgvuldige voorbereiding worden op vergelijkbare wijze behandeld. Allereerst constateert de Afdeling een gebrek. Dit gebrek leidt tot vernietiging van het besluit. Vervolgens onderzoekt de Afdeling aan de hand van feiten, die hem op dat moment bekend zijn, of het besluit in stand kan blijven. Het draait hierbij om de vraag in hoeverre het bestuursorgaan er tijdens de procedure bij de rechter alsnog in slaagt een draagkrachtige motivering te geven. In ABRvS 14-11-2018<sup>95</sup> heeft het college een omgevingsvergunning verleend voor een zonnepark. De Afdeling constateerde een gebrek in de motivering, namelijk dat het college een verkeerde uitleg heeft gegeven van de bestaande planologische situatie. Dit gebrek leidde uiteraard tot vernietiging van het besluit. De Afdeling paste de bestuurlijke lus toe. In een tussenuitspraak werd het college in de gelegenheid gesteld een nieuwe belangenafweging te maken. In de einduitspraak kon de belangenafweging van het college de rechterlijke toets wel doorstaan. De Afdeling constateerde dat het gebrek was hersteld en dat de rechtsgevolgen in stand konden blijven.

De combinatie van de bestuurlijke lus en het in stand laten van de rechtsgevolgen komt regelmatig voor.<sup>96</sup> In de overwegingen bij het toepassen van de lus merkt de Afdeling steevast op dat dit plaatsvindt vanuit het oogpunt van 'spoedige beslechting van het geschil'.<sup>97</sup> Het in stand laten van de rechtsgevolgen bij een herstelde motivering kan echter ook zonder de bestuurlijke lus. In ABRvS 14-01-2015<sup>98</sup> heeft het college geweigerd een vrijstelling te verlenen voor het bouwen van twee stallen. De Afdeling constateerde dat het college tijdens het nemen van het besluit op bezwaar niet alle relevante feiten heeft betrokken bij zijn afweging. Dit leidde tot vernietiging van het besluit. De Afdeling constateerde echter dat het college dit alsnog heeft gedaan in zijn verweerschrift in de procedure bij de rechtbank. De rechtsgevolgen konden hierdoor in stand blijven.

#### *Kale vernietiging van het besluit en de judiciële lus*

Ondanks de opdracht tot definitieve geschilbeslechting en de vele instrumenten die de rechter ter beschikking staan, zijn 14 van de 95 onderzochte uitspraken zogenaamde kale vernietigingen. Nadere inspectie laat zien dat de kale vernietiging echter niet geheel kaal is. Veelal gaat de vernietiging van het besluit gepaard met aanwijzingen die het bestuursorgaan in acht moet nemen bij het nemen van het nieuwe besluit. In een enkel geval zijn dit zeer gerichte instructies. In ABRvS 31-05-2017<sup>99</sup> krijgt het bestuursorgaan een zeer uitgebreide opdracht mee tot het toetsen van een aanvraag aan een

---

<sup>94</sup> ABRvS 27-03-2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7470.

<sup>95</sup> ABRvS 14-11-2018, ECLI:NL:RVS:2018:3693.

<sup>96</sup> zie naast ABRvS 14-11-2018, ECLI:NL:RVS:2018:3693 bijvoorbeeld ABRvS 30-10-2013, ECLI:NL:RVS:2013:1759.

<sup>97</sup> zie bijvoorbeeld BRvS 22-05-2019, ECLI:NL:RVS:2019:1628, *Module Ruimtelijke ordening* 2019/8185, ABRvS 12-12-2018, ECLI:NL:RVS:2018:4079, ABRvS 01-08-2018 ECLI:NL:RVS:2018:2583, *Gst.* 2018/172.

<sup>98</sup> ABRvS 14-01-2015, ECLI:NL:RVS:2015:10, *JOM* 2015/686.

<sup>99</sup> ABRvS 31-05-2017, ECLI:NL:RVS:2017:1434, *BR* 2017/84.

hotelstrategie inclusief de opdracht om het nieuwe besluit deugdelijk te motiveren. Dergelijke uitgebreide aanwijzingen zijn echter schaars. In de meeste gevallen bepaalt de Afdeling dat het bestuursorgaan, met inachtneming van hetgeen in de uitspraak is overwogen, een nieuw besluit dient te nemen. In het geval dat de Afdeling de uitspraak van de rechtbank bekrachtigt, legt zij deze verplichting overigens niet zelf op. De Afdeling volstaat dan met het bekrachtigen van de opdracht van de rechtbank. In een enkel geval ontbreken de aanwijzingen voor het nemen van het nieuwe besluit volledig.<sup>100</sup>

Naast gerichte aanwijzingen voor het nieuw te nemen besluit, brengt de Afdeling in 9 van de 14 gevallen een versnelling aan in het proces door toepassing van de judiciële lus. De Afdeling geeft aan dit instrument in te zetten met het oog op een efficiënte afdoening van het geschil. Opvallend is dat de judiciële lus niet altijd wordt toegepast en dat Afdeling niet onderbouwt waarom de lus de ene keer wel wordt toegepast en de andere keer niet. De uitspraken waarbij de lus niet werd toegepast, betreffen geschillen waarbij de vernietiging niet was gestoeld op één zeer specifiek onderdeel van het besluit, maar op een groter gebrek zoals het niet onderkennen van een afwijking van het bestemmingsplan.<sup>101</sup> De kans dat na de uitspraak een besluit met een andere inhoud wordt genomen, lijkt dus een rol te spelen bij de afweging omtrent het toepassen van de lus.

De Afdeling is bevoegd een termijn te verbinden aan het nemen van een nieuw besluit. Hier kan zelfs een dwangsom aan worden verbonden. Binnen de onderzochte uitspraken heeft de Afdeling geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid. Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid tot het buiten toepassing laten van wettelijke voorbereidingsbepalingen.

#### *Bestuurlijke lus*

Hierboven is al kort stilgestaan bij de bestuurlijke lus, als voorbode bij het in stand laten van de rechtsgevolgen. Het toepassen van de lus leidt echter niet altijd tot het in stand laten van de rechtsgevolgen. In ABRvS 28-08-2019<sup>102</sup> doet de Afdeling uitspraak in hoofdzaak, nadat eerder in een tussenuitspraak de bestuurlijke lus is toegepast. In de tussenuitspraak concludeerde de Afdeling dat het college zijn besluit niet goed heeft gemotiveerd, door de parkeerbehoefte niet goed te onderbouwen. Het college kreeg in de tussenuitspraak de expliciete opdracht een nadere motivering aan te leveren. In hoofdzaak bleek de Afdeling echter niet onder de indruk van de door het college aangeleverde motivering. De Afdeling concludeerde daarop dat het gebrek niet was hersteld. Hierdoor konden de rechtsgevolgen niet in stand blijven.

De Afdeling ziet ook regelmatig af van het toepassen van de bestuurlijke lus. In ABRvS25-06-2014<sup>103</sup> gaf de Afdeling aan toepassing van de lus niet aangewezen te vinden, onder andere vanwege het feit dat het college nog geen standpunt had ingenomen over de vraag of het voorwaarden wenste te verbinden aan een vrijstellingsbesluit. In ABRvS 15-01-2020<sup>104</sup> weigerde het college een omgevingsvergunning te verlenen. De Afdeling constateerde dat de weigering niet voldoende was gemotiveerd. Het besluit werd vernietigd. De Afdeling zag geen aanleiding om de lus toe te passen, omdat dan kon worden uitgesloten dat het college alsnog zou besluiten tot het verlenen van de omgevingsvergunning.

---

<sup>100</sup> zie bijvoorbeeld ABRvS 28-02-2018, ECLI:NL:RVS:2018:655, *JGROND* 2018/111.

<sup>101</sup> zie bijvoorbeeld ABRvS 22-05-2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0659, *Omgevingsvergunning in de praktijk* 2013/3152.

<sup>102</sup> ABRvS 28-08-2019, ECLI:NL:RVS:2019:2915.

<sup>103</sup> ABRvS 25-06-2014, ECLI:NL:RVS:2014:2306, *Milieurecht Totaal* 2017/6643.

<sup>104</sup> ABRvS 15-01-2020, ECLI:NL:RVS:2020:113, *ABkort* 2020/54.

#### 4.3 Tussenconclusie

De Afdeling past niet alle instrumenten die haar ter beschikking staan even vaak toe. De Afdeling is vooral zeer terughoudend bij het in de plaats stellen van de uitspraak. Binnen de 95 onderzochte uitspraken maakte ze slechts 2 keer gebruik van deze bevoegdheid. Bij beide gevallen ging de Afdeling bovendien terughoudend te werk, door niet zelf de betrokken belangenafweging uit te voeren. Deze afweging werd bij alle onderzochte uitspraken aan het bestuursorgaan gelaten. Rechtbanken die hun uitspraken in de plaats stelden van een besluit, werden door de Afdeling teruggefloten indien er nog belangen waren die moesten worden afgewogen. Het is onmiskenbaar dat de Afdeling binnen het omgevingsrecht geen actieve rol ziet voor de rechter bij het afwegen van belangen.

De Afdeling heeft weinig moeite met het toepassen van minder ingrijpende instrumenten, zoals de bestuurlijke lus en het in stand laten van de rechtsgevolgen. Dit is goed te verklaren aangezien met het toepassen van deze bevoegdheden de rechter de rol van het bestuur niet overneemt. De rechter weegt daarbij immers zelf geen belangen af.

In het vorige hoofdstuk is geconcludeerd dat de rechter moet balanceren tussen zijn grondwettelijke opdracht tot het spreken van recht en het verbod om plaats te nemen op de stoel van het bestuur. De wijze waarop de Afdeling de instrumenten tot geschilbeslechting toepast, geeft aan dat het verbod om plaats te nemen op de stoel van het bestuur goed in beeld is bij de Afdeling. De scheiding tussen rechter en bestuur wordt zeer streng bewaakt.

Uit de analyse van de uitspraken blijkt dat de instrumenten voor definitieve geschilbeslechting vooral worden gebruikt om gebreken te herstellen. Dat draagt weliswaar bij aan het definitief beslechten van een geschil, maar vrijwel uitsluitend in het voordeel van het bestuur. Indien de gebreken dusdanig van aard zijn dat de rechtsgevolgen niet in stand kunnen blijven, blijft voor de burger slechts de kale vernietiging over. Voor een inhoudelijke oplossing wordt hij op dat moment weer afhankelijk van het bestuursorgaan.

Het beginsel van machtscheiding vereist een rechter die voldoende tegenwicht kan bieden aan wetgever en bestuur. Dat kan hij bereiken door effectieve rechtsbescherming te bieden aan procederende burgers. Dit verlangt een actieve invulling van zijn grondwettelijke opdracht tot het spreken van recht en zijn opdracht tot het definitief beslechten van geschillen op grond van artikel 8:41a Awb.

De huidige handelswijze van de Afdeling is er echter vooral op gericht om geen inbreuk te maken op de bevoegdheden van het bestuur. Het verbod om plaats te nemen op de stoel van het bestuur, lijkt zo te zijn verheven tot een vrijwel absoluut verbod dat niet kan wijken voor andere belangen. Slechts in zeer zeldzame gevallen geeft de Afdeling voorrang aan andere belangen. In de uitspraak uit 2019, naar aanleiding van de toelagenaffaire, geeft de Afdeling vanuit het oogpunt van rechtsbescherming een andere uitleg aan een wetsartikel, terwijl het bestuur deze bevoegdheid jarenlang, ongecorrigeerd door de Afdeling, op een andere wijze heeft uitgevoerd.<sup>105</sup> Zelfs in deze uitspraak blijft definitieve geschilbeslechting echter achterwege gelet op de beleidsvrijheid die de belastingdienst nog resteert.<sup>106</sup>

Zoals al eerder is aangegeven dient de rechter te balanceren tussen het verbod om plaats te nemen op de stoel van het bestuur en zijn grondwettelijke opdracht tot het spreken van recht. Dit pleit niet voor absolute verboden, maar voor maatwerk, waarbij de rechter zich soms wel binnen de machtsfeer van het bestuur moet begeven om zo de balans te bewaren. Dit standpunt staat niet op zichzelf. Diverse juridische auteurs pleiten aan de hand van toekomstige ontwikkelingen voor een andere

---

<sup>105</sup> ABRvS 23-10-2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, AB 2020/85 m.nt. A. Drahmman en D.K. Jongkind, r.o. 8.13.

<sup>106</sup> ABRvS 23-10-2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, AB 2020/85 m.nt. A. Drahmman en D.K. Jongkind, r.o. 10.

handelswijze van de rechter. In het volgende hoofdstuk worden drie van deze ontwikkelingen beschreven en wordt onderzocht wat dit betekent voor de mogelijkheid tot definitieve geschilbeslechting.

## 5. De toekomst van definitieve geschilbeslechting in het omgevingsrecht

### 5.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is duidelijk gemaakt hoe de rechter definitieve geschilbeslechting toepast bij beleidsvrije bevoegdheden binnen het omgevingsrecht. Het recht is echter altijd in ontwikkeling. Voor een volledig antwoord op de hoofdvraag is daarom een doorkijk naar de nabije toekomst gewenst. In dit hoofdstuk worden drie ontwikkelingen beschreven die van invloed zijn op definitieve geschilbeslechting binnen het omgevingsrecht.

### 5.2 De Omgevingswet

De Omgevingswet is één van de grootste wetgevingsoperaties van Nederland. Inwerkingtreding wordt verwacht op 1 januari 2022. Kort samengevat is het doel van de wet zorgen voor minder complexe regelgeving binnen het omgevingsrecht.<sup>107</sup> Hiervoor bundelt de wet 26 bestaande wetten in één nieuwe wet.

Een van de doelen van de Omgevingswet is het vergroten van het bestuurlijk afwegingskader.<sup>108</sup> Dit zal vooral merkbaar zijn op lokaal niveau. De reikwijdte van het omgevingsplan wordt verbreed ten opzichte van het huidige bestemmingsplan. Veel normen die nu landelijk zijn vastgelegd krijgen een plaats in het omgevingsplan. De lokale overheid krijgt veel vrijheden bij het invullen van deze omgevingsplannen. De wetgever streeft hiermee naar decentrale beleidsvrijheid.<sup>109</sup> In tegenstelling tot huidige bestemmingsplannen en de huidige landelijke regels, die exact omschreven normen bevatten, kan de lokale planwetgever straks relatief open normen opnemen in het omgevingsplan. In plaats van een exacte bouwhoogte of een absoluut maximum aan geluidsbelasting, kan de planwetgever volstaan met een bepaling dat een ontwikkeling passend moet zijn in de omgeving.

Indien de planwetgever kiest voor open normen, laat hij daarmee bewust ruimte aan het bestuur. Het gevolg is bestuurlijke bevoegdheden met een grote mate van beleidsvrijheid en beoordelingsruimte. Verhoeven wijst op de risico's die deze ruimere bevoegdheden met zich meebrengen. Hij voorziet in een minder kritische overheid, waarbij de uitvoerende macht zich verder terugtrekt om het makkelijker te maken voor initiatiefnemers. Deze terugtrekkende beweging creëert volgens hem een toenemende behoefte aan controle op de uitvoerende macht. Die controle kan niet worden geboden door de wetgevende macht, aangezien deze pas achteraf kan ingrijpen. De controle moet daarom worden geboden door de rechter met een hogere toetsingsintensiteit tot gevolg.<sup>110</sup>

In de praktijk zullen veel van deze open normen worden ingekaderd door beleidsregels. Dit is immers nu al een veelgebruikte praktijk bij de ruime bevoegdheden om af te wijken van het bestemmingsplan op grond van de Wabo. Beleidsregels zijn, in tegenstelling tot bestemmingsplanregels, niet vatbaar voor beroep en kunnen slechts indirect door de bestuursrechter worden getoetst, indien zij worden gehanteerd bij het toepassen van een bevoegdheid. Indien beleidsregels de rol gaan vervangen van appellabele planregels, doet dit afbreuk aan de mogelijkheden voor rechtsbescherming. Verhoeven sluit niet uit dat de bestuursrechter hierdoor minder terughoudend zal zijn bij het toetsen van beleidsregels.<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> Kamerstukken II, 2013–2014, 33 962, 3, blz. 25.

<sup>108</sup> Kamerstukken II, 2013–2014, 33 962, 3, blz. 25.

<sup>109</sup> Kamerstukken II, 2013–2014, 33 962, 3, blz. 89.

<sup>110</sup> Verhoeven, *M en R* 2019/124, par. 5.2 (Online in Kluwer Navigator).

<sup>111</sup> Verhoeven, *M en R* 2019/124, par. 5.3 (Online in Kluwer Navigator).

In zijn advies van 26 oktober 2016 geeft de Raad voor de Rechtspraak aan dat de rechtsbescherming tegen de overheid onder druk komt te staan indien het bestuur wordt voorzien van ruime, ongenormeerde, bevoegdheden. De raad ziet rechtsbescherming als een balans tussen het respecteren van beleidskeuzes van bestuursorganen en het bieden van bescherming aan de burger tegen inbreuken op belangen en eigendommen. Deze balans komt volgens de raad tot uiting in de marginale toets. De Raad voorspelt een minder terughoudende toets vanwege de toename aan vrije bevoegdheden in het nieuwe stelsel, om zo toch zinvolle rechtsbescherming te kunnen bieden.<sup>112</sup> Deze visie past niet één op één binnen de huidige praktijk van de marginale toets door middel van het verbod op willekeur. De Raad lijkt hiermee dus voorzichtig aan te geven dat er ruimte is voor een indringendere toets bij beleidsvrije bevoegdheden.

Met de komst van de Omgevingswet valt dus een hogere toetsingsintensiteit te verwachten. Deze hogere toetsingsintensiteit hoeft zich echter niet te vertalen naar betere mogelijkheden tot het definitief beslechten van geschillen. Een rechter die hogere eisen stelt aan de belangenafweging, komt wellicht eerder tot het oordeel dat het besluit vernietigd dient te worden. Dit zegt echter nog niets over hoe het geschil definitief kan worden beslecht. Ook onder de Omgevingswet komt de vernietiging van het besluit, vanwege een gebrekkige belangenafweging, minder snel in conflict met het beginsel van machtscheiding, dan het in de plaats stellen van de rechterlijke uitspraak.

Verhoeven geeft aan dat het ruimere afwegingskader voor bestuursorganen er juist toe kan leiden dat rechters minder snel zelf in de zaak voorzien.<sup>113</sup> Dat zou betekenen dat rechters na vernietiging van besluiten de invulling van het nieuwe besluit vaker aan het bestuursorgaan zullen overlaten. Dit draagt niet bij aan definitieve beslechting van geschillen.

### 5.3 De marginale toets ter discussie

In paragraaf 3.4 van dit onderzoek is stilgestaan bij de marginale toets. Deze marginale toets is niet zonder ontwikkeling. Ortlep en Zorg constateren dat de terughoudendheid van de bestuursrechter steeds meer plaats maakt voor toetsing op maat. Zij pleiten voor maatwerk, waarbij de rechter rekening houdt met de inbreng van procespartijen, de deskundigheid van de rechter in het bestreden besluit, het totaaloverzicht van de betrokken rechtsverhoudingen en het gewicht van de voor belanghebbenden op het spel staande belangen.<sup>114</sup> Ook Huisman en Jak constateren dat het uitgangspunt van terughoudende toetsing onder bepaalde omstandigheden kan worden bijgesteld. Zij wijzen op een viertal 'gezichtspunten' die invloed hebben op de toetsingsintensiteit. Deze gezichtspunten zijn de aanwezigheid van fundamentele rechten of ingrijpende gevolgen, de aard van het geschil, de complexiteit van het geschil en het uitgangspunt van definitieve geschilbeslechting.<sup>115</sup>

In zijn VAR preadvies gaat Hirsch Ballin een stap verder en plaatst hij vraagtekens bij de klassieke opvatting dat, waar de wetgever het bestuur ruimte heeft gegeven, de rechter deze ruimte moet respecteren. Hij geeft hiervoor drie redenen. Ten eerste is deze ruimte niet altijd bewust gegeven door de wetgever, maar ontstaan vanuit praktische noodzaak. Ten tweede vindt de invulling van deze ruimte plaats door ambtenaren die niet altijd handelen met politiek bestuurlijke sturing. Ten derde is het volgens hem ontoelaatbaar dat de bestuurlijke ruimte tot gevolg heeft dat de rechter niet kan toetsen of fundamentele rechten in het geding komen.<sup>116</sup>

---

<sup>112</sup> Raad voor de rechtspraak 2016, blz. 11.

<sup>113</sup> Verhoeven, *M en R* 2019/124, par. 5.5 (Online in Kluwer Navigator).

<sup>114</sup> Ortlep en Zorg, *Ars Aequi* januari 2018, blz. 25.

<sup>115</sup> Huisman en Jak, *NTB* 2019/20, blz. 219.

<sup>116</sup> Hirsch Ballin 2015, blz. 26-27.

Hirsch Ballin durft niet alleen afscheid te nemen van het Doetichemse woonruimtearrest, ook het Maxis en Praxis arrest<sup>117</sup> staat volgens hem ter discussie. Hij pleit voor een bredere toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Volgens hem moet bij gevallen, waarbij fundamentele rechten in het geding komen, de rechter volledig kunnen toetsen.<sup>118</sup> Hirsch Ballin pleit dus voor het loslaten van de dogmatische opvatting dat beleidsvrijheid per definitie een marginale toetsing door de bestuursrechter betekent. Hij staat hierin niet alleen. Zo wordt zijn visie in grote lijnen onderschreven door Zijlstra, die onderstreept dat de kern van het probleem een 'rechtsvrije ruimte' vormt, waar de bestuursrechter niet corrigerend tegen optreedt.<sup>119</sup> Ook Barkhuysen sluit zich aan bij de visie van Hirsch Ballin en geeft aan dat bestuursrechters zoveel mogelijk een eigen oordeel moeten geven over de vraag of een besluit redelijk en evenredig is.<sup>120</sup>

Net als Hirsch Ballin ziet Zijlstra kansen voor het evenredigheidsbeginsel. Ontdaan van zijn Maxis en Praxis beperkingen biedt het verbod op evenredigheid, volgens hem, mogelijkheden voor een toetsing op maat waarbij rekening wordt gehouden met de aard van de rechtsverhouding en de betrokken belangen. Hij ziet echter ook kansen in het nog nadrukkelijker toepassen van het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel om bestuursorganen nadrukkelijker te laten verantwoorden waarom bepaalde alternatieve besluiten niet zijn genomen.<sup>121</sup> Net als Hirsch Ballin pleit Zijlstra voor een genuanceerde benadering, waarbij de intensiteit van de toetsing wordt bepaald door de aard van de rechtsverhouding en de betrokken belangen. Hierin ligt volgens hem een rol voor de bestuursrechter zelf, maar ook voor de wetgever, die bijvoorbeeld definitieve geschilbeslechting wettelijk kan voorschrijven, zoals dat nu al gebeurt bij boetebesluiten.

Volgens Hirsch Ballin leidt de terughoudendheid van de bestuursrechter ook tot beperkingen bij definitieve geschilbeslechting. Dit is volgens hem niet nodig, omdat het terugverwijzen naar het bestuursorgaan steeds minder goed past in de ontwikkeling van de constitutionele verhoudingen. Indien de wetgever geen normen stelt over de waardering van belangen, ziet hij geen reden tot een terugtrekkende bestuursrechter. In tegenstelling tot de heersende doctrine, die thans nog erg behoudend is bij het vervangen van het bestuurlijke besluit door de rechterlijke uitspraak, ziet hij zelfs daar mogelijkheden toe. Hij ziet niet in waarom, indien het bestuursorgaan geen overtuigende redenen kan geven voor de voltrokken belangenafweging, de rechter dan niet evenzeer tot een waardering en beslissing zou kunnen komen.<sup>122</sup>

#### 5.4 Declarabele uitspraken

Een geschil bij de bestuursrechter draait bijna altijd om een besluit. Zonder besluit is er immers geen toegang tot de bestuursrechter.<sup>123</sup> Het daadwerkelijke geschil omvat echter vaak andere elementen dan het besluit. De rechter kan echter niet treden in die elementen aangezien zijn rol niet verder gaat dan het uitvoeren van een rechtmatigheidstoets van het besluit. Aangezien het bestuursprocesrecht inmiddels al enige tijd het bieden van rechtsbescherming als primaire doel heeft, is het bijzonder dat de rechtmatigheidstoets van het besluit nog steeds een centrale rol heeft. Schueler verwacht daarom dat de bestuursrechterlijke procedure ook open zal komen te staan voor andere handelingen dan besluiten.<sup>124</sup> Hij denkt hierbij aan een verzoekschriftprocedure. Deze procedure is niet geheel nieuw in

---

<sup>117</sup> ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153, AB 1997/93, AB Klassiek 2016/22, m.nt. B.W.N. de Waard (*Maxis en Praxis*). Het Maxis en Praxis arrest wordt besproken in paragraaf 3.4 van dit onderzoek.

<sup>118</sup> Hirsch Ballin 2015, blz. 52.

<sup>119</sup> Zijlstra *NTB* 2015/16, par. 2 (Online in Kluwer Navigator).

<sup>120</sup> Barkhuysen *NJB* 2015/1137 (Online in Kluwer Navigator).

<sup>121</sup> Zijlstra *NTB* 2015/16, par. 2 (Online in Kluwer Navigator).

<sup>122</sup> Hirsch Ballin 2015, blz. 54.

<sup>123</sup> Als enige uitzondering de verzoekschriftprocedure uit titel 8.4 Awb.

<sup>124</sup> Schueler 2019, blz. 69.



het bestuursprocesrecht. Momenteel bestaat al de mogelijkheid om via een verzoekschrift de bestuursrechter te verzoeken om een bestuursorgaan te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding.

De Graaf pleit voor de codificatie van aanvullende uitspraakmogelijkheden van de bestuursrechter. Onder andere door de roep om definitieve geschilbeslechting volstaan de huidige uitspraakmogelijkheden niet meer. Hij beoogt geen afscheid te nemen van de huidige vernietigingsuitspraak, maar wil deze aanvullen. Zo pleit hij voor de mogelijkheid tot het gebieden of verbieden van handelingen van bestuursorganen, maar ook voor de mogelijkheid tot declarabele uitspraken.<sup>125</sup>

In paragraaf 5.2 is reeds stilgestaan bij de Omgevingswet en de meer open, vage normen die deze wet tot gevolg zal hebben. Schueler verwacht dat hierdoor de roep zal ontstaan om declarabele uitspraken over de uitleg en toepasbaarheid van deze vage normen in het concrete geval. Hij noemt dit beeldend een 'waar-ben-ik-aan-toe' geschil.<sup>126</sup> Ook volgens De Graaf geeft de Omgevingswet aanleiding tot het toevoegen van declarabele uitspraken. Hij constateert dat de open normen een hoge mate van onzekerheid zullen creëren bij burgers. Indien de open normen in het midden laten of zonder vergunning een project gerealiseerd kan worden, kan onder het huidige bestuursprocesrecht die duidelijkheid alleen verkregen worden door een handhavingsbesluit. Het is duidelijk dat deze ontwikkeling de roep om declarabele uitspraken zal vergroten.

De mogelijkheid tot een declarabele uitspraak zou een waardevolle aanvulling zijn van de rechter in zijn instrumentarium tot definitieve geschilbeslechting. De rechter laat zich in een dergelijk geschil niet uit over de rechtmatigheid van een besluit, maar beantwoordt de vraag of toepassing van een bevoegdheid in een concreet geval mogelijk is. Een dergelijke ontwikkeling zou grote voordelen opleveren voor het geschilbeslechtend vermogen van de bestuursrechter. Hij zou daarmee in feite in staat zijn een geschil te beslechten nog voor er überhaupt een besluit wordt genomen.

Hierbij moet uiteraard wel in ogenschouw worden genomen dat ook een declarabele uitspraak de rechter op de stoel van het bestuur kan plaatsen, indien hij daarbij te actief voorschrijft op welke wijze het bestuursorgaan gebruik dient te maken van een beleidsvrije bevoegdheid. Hij zal hierbij net als bij een traditionele uitspraak moeten zoeken naar de balans tussen rechtsbescherming en het respecteren van de vrijheden van het bestuur.

## 5.5 Tussenconclusie

Het beginsel van machtenscheiding vereist een rechter die voldoende tegenwicht kan bieden aan bestuur en wetgever. De komst van de Omgevingswet vergroot de macht van het bestuur. Dit maakt effectieve rechtsbescherming door de rechter des te belangrijker. Hirsch Ballin wijst er terecht op dat terugverwijzen steeds minder goed past binnen de constitutionele verhoudingen. Terugverwijzen levert geen definitieve geschilbeslechting op en maakt de procederende burger afhankelijk van het bestuursorgaan.

Verschillende juridische auteurs pleiten voor een toetsing op maat in plaats van de huidige toets op basis van de willekeurformule. Dit maatwerk zou ook toegepast kunnen worden op de vraag of instrumenten voor definitieve geschilbeslechting kunnen worden ingezet. Zo kan de vraag of de rechter zijn uitspraak in de plaats kan stellen van het besluit worden beantwoord aan de hand van de belangen die in het geding zijn in plaats van de vraag of het bestuur nog afwegingsruimte resteert. Dit

---

<sup>125</sup> De Graaf 2019, blz. 157.

<sup>126</sup> Schueler 2019, blz. 70.

geeft de rechter meer mogelijkheden tot het bieden van rechtsbescherming en brengt zijn macht meer in balans met de steeds toenemende macht van het bestuur.

De mogelijkheid tot het doen van een declarabele uitspraak, sluit hier goed op aan. Deze uitspraakmogelijkheid biedt de rechter de mogelijkheid aanwijzingen te geven aan het bestuur, nog voordat het bestuur zijn bevoegdheid heeft toegepast. Dit komt de rechtsbescherming van de burger ten goede en opent zo een geheel nieuwe mogelijkheid tot definitieve geschilbeslechting. De mogelijkheid van declarabele uitspraak geeft de rechter echter geen cart blanche om zich onbeperkt uit te laten over beleidsvrije bevoegdheden. Ook bij een declarabele uitspraak zouden de belangen die in het geding zijn, bepalend moeten zijn hoe ver de rechter kan gaan in zijn uitspraak.

## 6. Conclusie

Het belang van definitieve geschilbeslechting hangt samen met de verschuiving van het primaire doel van het bestuursprocesrecht van handhaving van het objectieve recht, naar het bieden van rechtsbescherming voor de individuele burger. Het systeem van vernietigen en terugverwijzen past niet meer binnen dit doel. Het algemene beeld is momenteel dat de rechter geschillen zoveel als mogelijk definitief moet beslechten. In eerste instantie legde de rechter zichzelf deze taak op. Later volgde codificatie door de wetgever met de wettelijke plicht tot definitieve geschilbeslechting in artikel 8:41a Awb.

Om te bepalen in hoeverre definitieve geschilbeslechting mogelijk is bij beleidsvrije bevoegdheden in het omgevingsrecht, is eerst bepaald wat precies onder definitieve geschilbeslechting moet worden verstaan. Op grond van onderzoeken door juridische auteurs, kan worden geconcludeerd, dat in ieder geval geen sprake is van definitieve beslechting, indien de bestuursrechter bij een gegrondverklaring de rechtsgevolgen niet in stand laat en niet zelf in de zaak voorziet, terwijl het bestuursorgaan wel een nieuw besluit moet nemen.

De rechter is niet onbegrensd in zijn mogelijkheden tot definitieve geschilbeslechting. Het beginsel van machtenscheiding brengt de rechter in een spagaat. Aan de ene kant heeft hij de grondwettelijke opdracht om recht te spreken en biedt hij daarmee tegenwicht aan het bestuur en wetgever. Aan de andere kant vloeit uit het beginsel een concreet verbod voor de rechter, namelijk het verbod om plaats te nemen op de stoelen bestuur en wetgever. Deze spagaat komt tot uiting in de wijze waarop de rechter de toepassing van beleidsvrije bevoegdheden toetst.

De rechter toetst besluiten op rechtmatigheid. De doelmatigheid van het bestuur, valt buiten de toets. Indien de wetgever het bestuur beleidsvrijheid toekent, kan de invulling van deze beleidsvrijheid ook slechts worden getoetst op rechtmatigheid. De toets die de rechter uitvoert is een marginale toets op basis van het verbod op willekeur.

De wijze waarop de rechter zijn instrumenten tot definitieve geschilbeslechting in de rechtspraktijk over het omgevingsrecht inzet, toont aan dat het beginsel van machtenscheiding, via de marginale toetsing, beperkingen opwerpt bij definitieve geschilbeslechting. Deze beperkingen zijn het meest zichtbaar indien de rechter zelf in de zaak wil voorzien. De Afdeling volgt hierin een strenge lijn. De rechter kan alleen zelf in de zaak voorzien indien het bestuursorgaan alsnog de vereiste belangenafweging heeft gemaakt en de uitkomst van die belangenafweging evident de rechterlijke toets kan doorstaan.

In de huidige rechtspraktijk is definitieve geschilbeslechting bij beleidsvrije bevoegdheden binnen het omgevingsrecht mogelijk, maar vooral wanneer in ieder geval de rechtsgevolgen in stand blijven. Indien zowel het besluit als de rechtsgevolgen ter discussie staan, blijft de rechter zeer terughoudend en blijft de terugverwijzing naar het bestuursorgaan de norm. Dit betekent dat de 'kale' vernietiging nog regelmatig voorkomt in het omgevingsrecht. De rechter beperkt zich dan tot het versnellen van de vervolprocedure door toepassing van de judiciële lus en het geven van aanwijzingen voor het nieuwe besluit. Definitieve geschilbeslechting wordt daar echter niet mee bereikt.

De Afdeling lijkt hiermee het verbod, om plaats te nemen op de stoel van het bestuur, te verheffen tot een vrijwel absoluut verbod dat niet kan wijken voor andere belangen. Het beginsel van machtenscheiding vereist echter dat de rechter balanceert tussen dit verbod en zijn grondwettelijke opdracht tot het spreken van recht, waarmee hij invulling geeft aan de rechtsbeschermingsfunctie binnen de rechtstaat. Dit pleit niet voor absolute verboden, maar voor maatwerk, waarbij de rechter zich soms wel binnen de machtssfeer van het bestuur moet begeven om zo de balans te bewaren.

Verschillende juridische auteurs pleiten voor een toetsing op maat in plaats van de huidige toets op basis van de willekeurformule. Dit maatwerk zou ook toegepast kunnen worden op de vraag of instrumenten voor definitieve geschilbeslechting kunnen worden ingezet. Zo kan de vraag, of de rechter zelf in de zaak kan voorzien, worden beantwoord aan de hand van de belangen die in het geding zijn, in plaats van de vraag of het bestuur nog afwegingsruimte resteert. Dit geeft de rechter meer mogelijkheden tot het bieden van rechtsbescherming en brengt zijn macht meer in balans met die van het bestuur.

De Omgevingswet biedt de mogelijkheid om te werken met open normen. Het is de verwachting dat daardoor de macht van het bestuur aanzienlijk wordt vergroot. Dit vraagt om een actievere rechter die eerder gebruik kan maken van zijn instrumenten tot definitieve rechtsbescherming. Zo kan hij tegenwicht bieden aan de toegenomen macht van het bestuur.

De mogelijkheid tot het doen van een declarabele uitspraak sluit hier goed op aan. Deze uitspraakmogelijkheid biedt de rechter de mogelijkheid aanwijzingen te geven aan het bestuur, nog voordat het bestuur zijn bevoegdheid heeft toegepast. Dit komt de rechtsbescherming van de burger ten goede en opent zo een geheel nieuwe mogelijkheid tot definitieve geschilbeslechting.

## Literatuurlijst

### **Allewijn 2011**

D. Allewijn, 'Tussen partijen is in geschil...De Bestuursrechter als geschilbeslechter', Den Haag: Sdu 2011.

### **Bakker e.a., *Regelmaat* 1993-2**

R.E. Bakker e.a., 'Beleidsregels: gebruiksaanwijzing van bestuursbevoegdheid', *Regelmaat* 1993-2.

### **Barkhuysen *NJB* 2015/1137**

T. Barkhuysen, 'Een revolutie in het bestuursrecht?', *NJB* 2015/1137.

### **Bovend'Eert 2004**

P.P.T. Bovend'Eert, 'Het rechtsbeginsel van de machtscheiding. Ontwikkeling rond een taai constitutioneel beginsel', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), 'In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht', Deventer: Kluwer 2004.

### **Duk, *RM Themis* 1988**

W. Duk, 'beoordelingsvrijheid' en 'beleidsvrijheid', *RM Themis* 1988, p. 156-169.

### **Ettekoven, *BR* 2015/2**

B.J. van Ettekoven, 'Finale geschilbeslechting in het omgevingsrecht (deel 2)', *BR* 2015/2.

### **Van Gestel, *RegelMaat* 2019/3**

R.A.J. van Gestel, 'Leidt terugtred van de wetgever tot een opmars van rechterlijke rechtsvorming en afbraak van democratische waarden?', *Regelmaat* 2019/3.

### **De Graaf 2019**

K. de Graaf 2019, 'Over uitspraakbevoegdheden. Codificeer en systematiseer verscheidenheid!' In T. Barkhuysen e.a., '25 jaar Awb In eenheid en verscheidenheid', Deventer: Wolters Kluwers 2019.

### **Heldeweg en Schlössels, *JB* 1996, 212**

M.A. Heldeweg en R.J.N. Schlössels, 'Willekeur getoetst; terug naar Doetichem?', *JB* 1996, 212, blz. 907.

### **Hirsch Ballin 2015**

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak: Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling', In E.M.H. Hirsch Ballin e.a., 'Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter: Preadviezen uitgebracht door prof. dr. E.M.H. Hirsch Ballin, mr. dr. R. Ortlep, mr. dr. A. Tollenaar voor de algemene vergadering van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht op 22 mei 2015', Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015.

### **Huisman en Jak, *NTB* 2019/20**

P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', *NTB* 2019/20.

### **Kirchhof 2004**

P. Kirchhof, 'Entparlamentarisierung der Demokratie?', in: A. Kaiser & T. Zittel (red.), *Demokratiethorie und Demokratieentwicklung. Festschrift für Peter Graf Kielmansegg*, VS Verlag für Socialwissenschaften: Wiesbaden 2004, p. 362.

**Klap, NTB 2007/27**

A.P. Klap, 'Rechter en bestuur communicerende vaten of concurrerende machten?', *NTB* 2007/27.

**Locke 1689**

J. Locke, 'Two Treatises of Government', 1689.

**Madison 1788**

J. Madison, Federalist Paper nr. 51, 6 februari 1788.

**Marseille e.a. 2015**

A.T. Marseille e.a., 'De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht', Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2015.

**Marseille en Sietses, NJB 2013/497**

B. Marseille en D. Sietses, 'De finaliseringsslag in het bestuursrecht', *NJB* 2013/497.

**Montesquieu 1748**

C. Montesquieu, 'De l'esprit des lois', 1748.

**Ortlep en Zorg, Ars Aequi januari 2018**

R. Ortlep en W. Zorg, 'Van marginale rechterlijke toetsing naar toetsing op maat: het einde van geconditioneerde response', *Ars Aequi* januari 2018.

**De Poorter en De Graaf 2011**

J.C.A. de Poorter en K.J. de Graaf, 'Doel en functie van den bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst', Den Haag: Raad van State 2011.

**Raad voor de rechtspraak 2010**

Raad voor de rechtspraak, 'Agenda van de rechtspraak 2011-2014', Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2010.

**Raad voor de rechtspraak 2016**

Raad voor de rechtspraak, 'Advisering concept AMvB's Omgevingswet', Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2016.

**Raad van State 2011**

Raad van State, 'Jaarverslag 2010' Den Haag: Raad van State 2011.

**Raad van State 2015**

Raad van State, 'Jaarverslag 2015' Den Haag: Raad van State 2015.

**Raad van State 2017**

Raad van State, 'Jaarverslag 2017' Den Haag: Raad van State 2017.

**Schlössels, NTB 2006, 50**

R.J.N. Schlössels, 'Beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 2006, 50.

**Schlössels en Zijlstra 2010**

R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, 'Bestuursrecht in de sociale rechtstaat', Deventer: Kluwer 2010.

**Schueler 2019**

B.J. Schueler 2019, 'Van besluit naar geschil' In T.Barkhuysen e.a., '25 jaar Awb In eenheid en verscheidenheid', Deventer: Wolters Kluwers 2019.

**Schueler, e.a. 2007**

B.J. Schueler e.a., 'Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006. Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter' Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

**Tolsma en Marseille, (BIP nr.4) 2013/6.5**

H.D. Tolsma en A.T. Marseille '6.5 De vernietiging van het bestreden besluit', (BIP nr.4) 2013/6.5.

**Verhoeven, M en R 2019/124**

M.J.H.M. Verhoeven, 'Hoe toetst de bestuursrechter onder de Omgevingswet?', M en R 2019/124.

**Witteveen 2001**

W. Witteveen, 'De geordende wereld van het recht', Amsterdam: Amsterdam University press 2001.

**Van Wijk en Konijnenbelt 2014**

H.D. van Wijk en Willem Konijnenbelt, 'Hoofdstukken van Bestuursrecht', Deventer: Kluwer 2014.

**Zijlstra, NTB 2015/16**

S.E. Zijlstra, 'boekbespreking' (bespreking van: E.M.H. Hirsch Ballin, Dynamiek in de bestuursrechtspraak: Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling), NTB 2015/16.

## Lijst van jurisprudentie

ABRvS 09-05-1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153, *AB* 1997/93, *AB Klassiek* 2016/22, m.nt. B.W.N. de Waard (*Maxis en Praxis*).

ABRvS16-02-2000, ECLI:NL:RVS:2000:AN6369, m.nt. J.M. Verschuuren.

ABRvS 02-06-2004, ECLI:NL:RVS:2004:AP0371, *AB* 2006/365, m.nt. A. van Hall.

ABRvS 11-06-2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3608, *AB* 2009/28.

ABRvS 10-12-2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG6401, *JB* 2009/39.

ABRvS 09-03 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP7193, *AB* 2011/168 m.nt. R.H.W. Frins.

ABRvS 21-03-2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV9463, *AB* 2012/233.

ABRvS 03-10-2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8985, *AB* 2012/361 m.nt. L.M. Koenraad.

ABRvS 27-03-2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7470.

ABRvS, 22-05-2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0659, *Omgevingsvergunning in de praktijk* 2013/3152

ABRvS 30-10-2013, ECLI:NL:RVS:2013:1759.

ABRvS 25-06-2014, ECLI:NL:RVS:2014:2306, *Milieurecht Totaal* 2017/6643.

ABRvS 14-01-2015, ECLI:NL:RVS:2015:10, *JOM* 2015/686.

ABRvS 18-11-2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578, *NJB* 2016/15.

ABRvS 09-11-2016, ECLI:NL:RVS:2016:2963.

ABRvS 26-04-2017, ECLI:NL:RVS:2017:1155, *AR* 2017/2210.

ABRvS 31-05-2017, ECLI:NL:RVS:2017:1434, *BR* 2017/84.

ABRvS27-09-2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611, *AB* 2017/389.

ABRvS 28-02-2018, ECLI:NL:RVS:2018:655, *JGROND* 2018/111.

ABRvS 01-08-2018, ECLI:NL:RVS:2018:2583, *Gst.* 2018/172.

ABRvS 14-11-2018, ECLI:NL:RVS:2018:3693.

ABRvS 12-12-2018, ECLI:NL:RVS:2018:4079.

ABRvS 27-03-2019, ECLI:NL:RVS:2019:921, *BA* 2019/131.

ABRvS 17-04-2019, ECLI:NL:RVS:2019:1252.

ABRvS 22-05-2019, ECLI:NL:RVS:2019:1628, *Module Ruimtelijke ordening* 2019/8185.

ABRvS 29-05-2019, ECLI:NL:RVS:2019:1729.

ABRvS 17-07-2019, ECLI:NL:RVS:2019:2433.

ABRvS 28-08-2019 ECLI:NL:RVS:2019:2915.



ABRvS 23-10-2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, *AB* 2020/85 m.nt. A. Drahmann en D.K. Jongkind.

ABRvS 15-01-2020, ECLI:NL:RVS:2020:113, *ABkort* 2020/54.

ABRvS 06-05-2020, ECLI:NL:RVS:2020:1178.

CBB 14-04-2020, ECLI:NL:CBB:2020:278.

CRvB 3-11-2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BO3642, *AB* 2010/341.

CRvB 02-04-2020, ECLI:NL:CRVB:2020:875.

EHRM 23-10-1985, ECLI:NL:XX:1985:AC9055.

HR 25-02-1949, *NJ* 1949, 558 (Doetinchemse woonruimtevoordering).

HR 12-05-1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA2756, *NJ* 2000/170, m.nt. A.R. Bloembergen.

RBNHO 30-07-2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:6636.

RBNHO 17-02-2016, 14/3649.

Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 21 april 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AW2811.

## Lijst van kamerstukken

Kamerstukken II 1991-1992, 22495, 3.

Kamerstukken II 1992/93, 22 495, 6.

Kamerstukken II 2003/2004, 29 279, 16.

Kamerstukken II 2006-2007, 30844, 3.

Kamerstukken II 2007/2008, 31 352, 3.

Kamerstukken II 2007-2008, 31 352, 6.

Kamerstukken II 2009-2010, 32 127, 3.

Kamerstukken II 2009-2010, 32450, 3.

Kamerstukken II 2009-2010, 32450, 4.

Kamerstukken II 2010-2011, 32450, 8.

Kamerstukken II 2013-2014, 33962, 3.